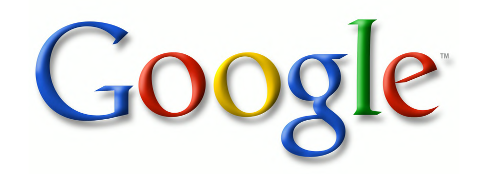
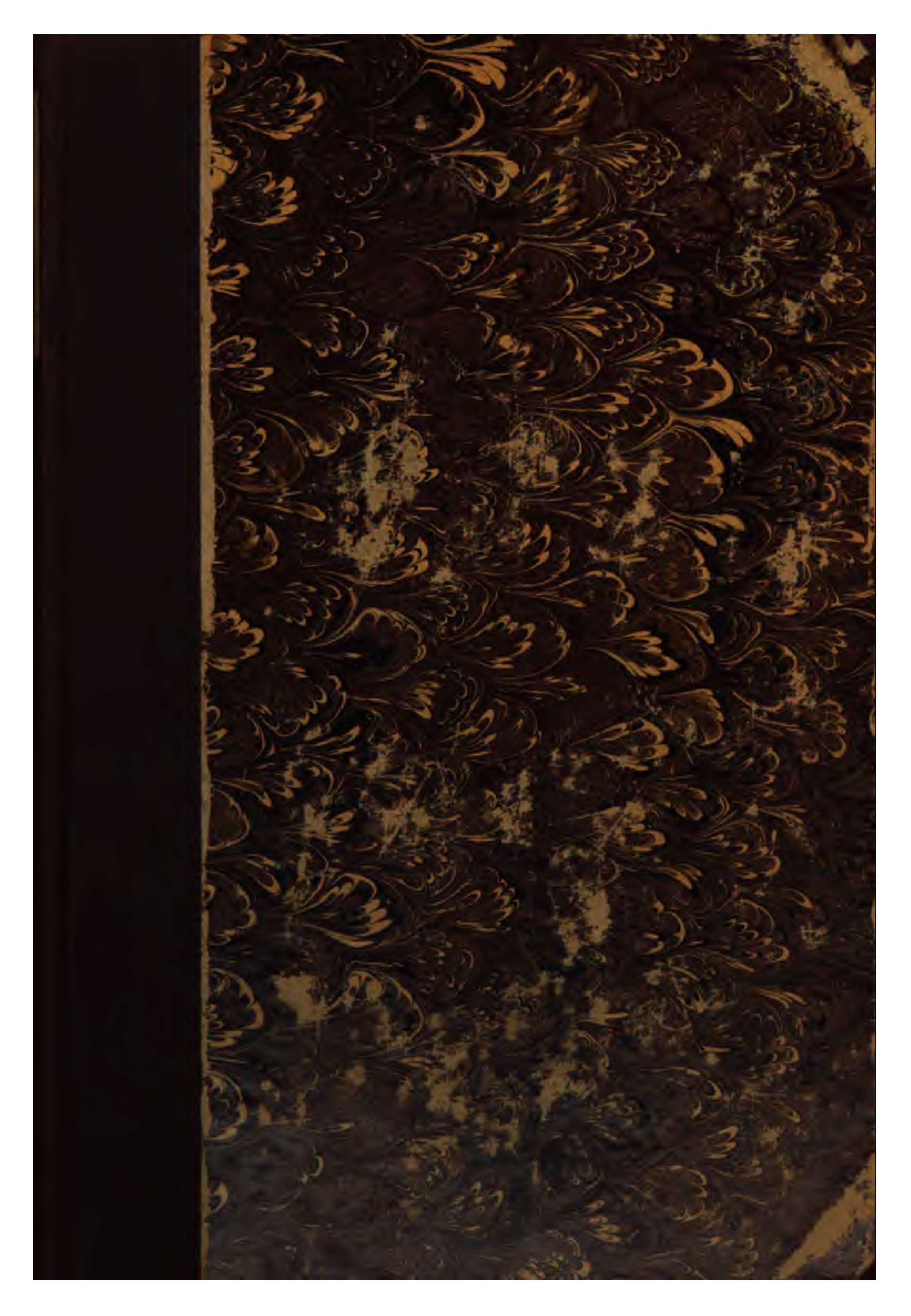
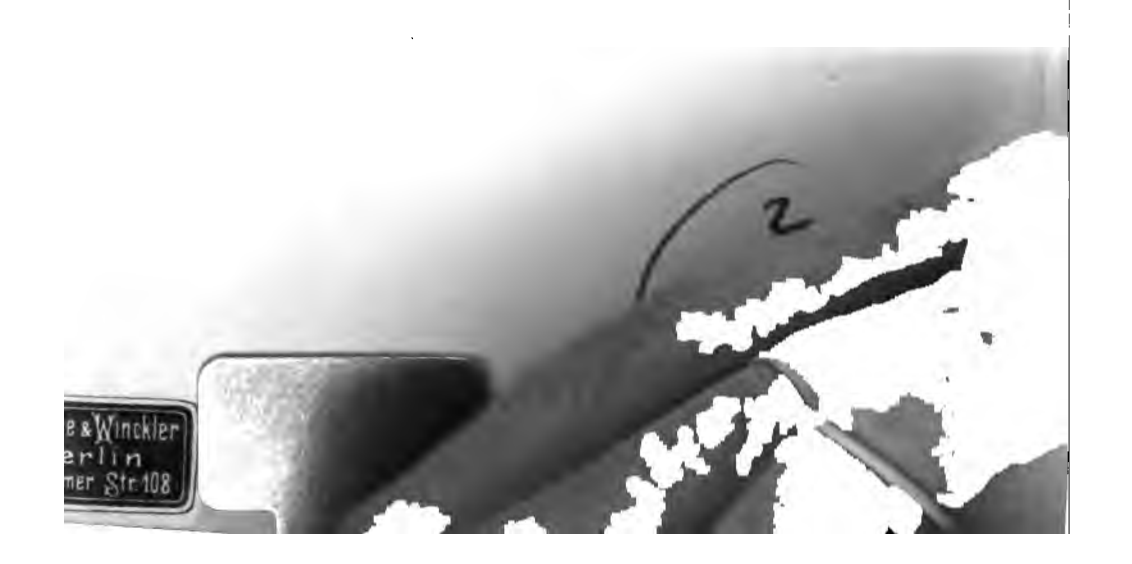
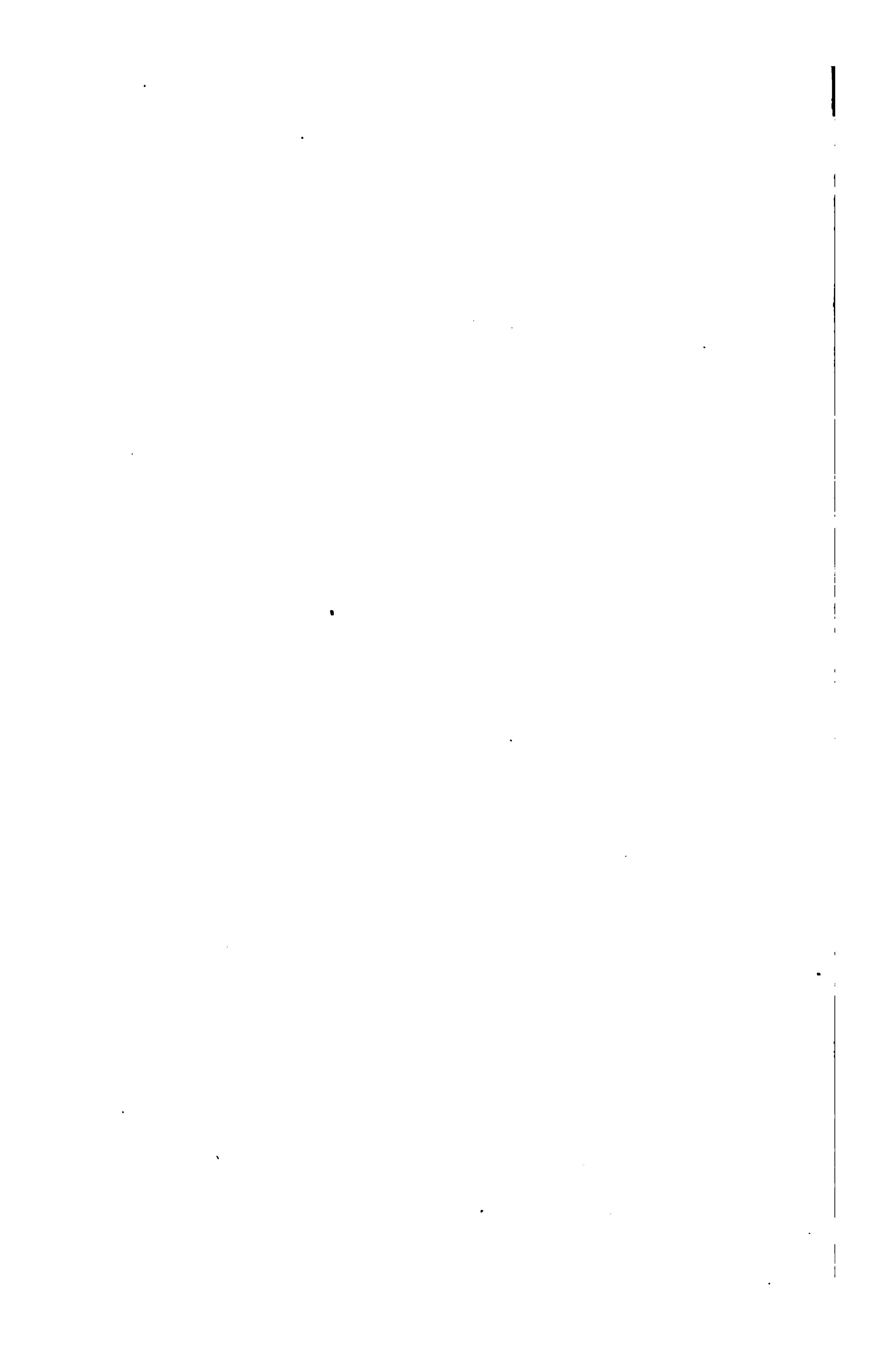







e & Winckler
erlin
mer Str. 108





Lehrbuch

der

Pandekten.

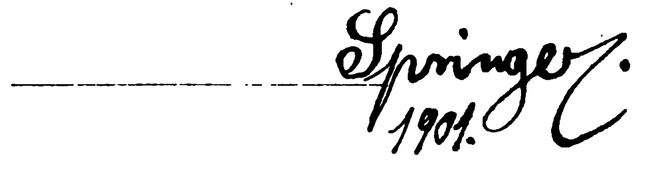
Von

Dr. Karl Adolph von Vangerow,

Großherzoglich Badischem Geheimenrath und ordentlichem Professor des Rechts zu Heidelberg, Kommandeur erster Klasse des Ordens vom Zähringer Löwen, Ritter des Kaiserlich Russischen St. Stanislaus-Ordens zweiter Klasse mit Stern.

Zweiter Band.

Siebente vermehrte und verbesserte Auflage.



Marburg und Leipzig.

N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.

1867.



Vorrede zur ersten Auflage.

Indem ich hiermit dem juristischen Publikum den zweiten Band, welcher ausschließlich der Darstellung des Erbrechts gewidmet ist, übergebe, muß ich wegen des verzögerten Erscheinens desselben um Nachsicht bitten. Nicht ohne störenden Einfluß waren mannichfache äußere Umstände, wie namentlich die Veränderung meines Wohnsitzes und insbesondre langwierige und schwere Krankheiten der nächsten Angehörigen, welche mir lange Zeit hindurch jene Unbefangenheit und Heiterkeit raubten, die für Förderung wissenschaftlicher Arbeiten so ersprieslich ist. Der Hauptgrund aber und die wesentlichste Rechtfertigung jener Verzögerung muß in den vielfachen Schwierigkeiten gesucht werden, welche die hier gewählte Methode der Bearbeitung, wenn sie mit Ernst und Gewissenhaftigkeit durchgeführt werden soll, unabweislich mit sich führt; und ich darf mir das Zeugniß geben, daß ich keiner Schwierigkeit absichtlich aus dem Wege gegangen bin. — Der Vollendung des dritten und letzten Bandes, welcher die Darstellung des Obligationen-Rechts enthalten wird, werde ich meine ungetheilte Zeit und Kraft zuwenden, und da auch die äußeren Hemmnisse jetzt größten Theils beseitigt sind, so darf ich hoffen und versprechen, daß dieser dritte Band dem zweiten ungleich schneller folgen wird, als dieser dem ersten gefolgt ist.

Heidelberg im Juni 1842.

Der Verfasser.

Vorrede zur ersten Auflage.

Indem ich hiermit dem juristischen Publikum den zweiten Band, welcher ausschließlich der Darstellung des Erbrechts gewidmet ist, übergebe, muß ich wegen des verzögerten Erscheinens desselben um Nachsicht bitten. Nicht ohne störenden Einfluß waren mannichfache äußere Umstände, wie namentlich die Veränderung meines Wohnsitzes und insbesondre langwierige und schwere Krankheiten der nächsten Angehörigen, welche mir lange Zeit hindurch jene Unbefangenheit und Heiterkeit raubten, die für Förderung wissenschaftlicher Arbeiten so ersprieslich ist. Der Hauptgrund aber und die wesentlichste Rechtfertigung jener Verzögerung muß in den vielfachen Schwierigkeiten gesucht werden, welche die hier gewählte Methode der Bearbeitung, wenn sie mit Ernst und Gewissenhaftigkeit durchgeführt werden soll, unabweislich mit sich führt; und ich darf mir das Zeugniß geben, daß ich keiner Schwierigkeit absichtlich aus dem Wege gegangen bin. — Der Vollendung des dritten und letzten Bandes, welcher die Darstellung des Obligationen-Rechts enthalten wird, werde ich meine ungetheilte Zeit und Kraft zuwenden, und da auch die äußeren Hemmnisse jetzt größten Theils beseitigt sind, so darf ich hoffen und versprechen, daß dieser dritte Band dem zweiten ungleich schneller folgen wird, als dieser dem ersten gefolgt ist.

Heidelberg im Juni 1842.

Der Verfasser.

Vorrede zur sechsten Auflage.

Auch bei dieser neuen Bearbeitung des zweiten Bandes habe ich eine durchgreifende Revision vorgenommen, und wenn mir hierbei auch nicht so umfassende Vermehrungen nöthig schienen — die gegenwärtige Auflage des zweiten Bandes ist nur um fünf Bogen stärker geworden, während sich die neue Auflage des ersten Bandes um fast dreizehn Bogen vermehrt hat —, so dürften doch die Veränderungen und Berichtigungen kaum minder zahlreich sein, wie bei dem ersten Bande. Namentlich habe ich mir die sorgfältigste Berücksichtigung der neueren Literatur zur Pflicht gemacht — — —.

Heidelberg im April 1854.

v. Vangerow.

Vorrede zur siebenten Auflage.

Wenn auch bei dieser neuen Auflage des zweiten Bandes neue größere Ausführungen nur in geringer Zahl vorkommen, so sind doch die kleineren Zusätze und Berichtigungen so häufig, daß man leicht erkennen wird, daß auch dieser neuen Bearbeitung eine sorgsame Revision der hier behandelten Lehren und eine eingehende Berücksichtigung der neueren Literatur vorausgegangen ist. Die beträchtlich kleinere Bogenzahl findet, wie bei dem ersten Bande, ihre Erklärung in dem veränderten Drucke.

Heidelberg im November 1866.

v. Vangerow.

Inhalt.

(Die Sternchen deuten auf die, den betreffenden Paragraphen beigefügten Anmerkungen hin).

Viertes Buch. Das Erbrecht.

Erstes Kapitel. Allgemeine Vorbegriffe. (S. 4—27).

Zweites Kapitel. Von der Intestaterbfolge. (S. 28—70).

Drittes Kapitel. Von der Erbfolge aus einem Testamente. (S. 71–214).

Abschnitt I. Von letztwilligen Verfügungen überhaupt.

Siebentes Kapitel. Von Vermächtnissen und Schenkungen Todes halber. (S. 399—570).

Viertes Buch.

Das Erbrecht.

Viertes Buch.

Das Erbrecht.

Donelli, comm. jur. civ. lib. VI—VIII. und lib. IX. c. 1—4; *Vasquius*, de successionibus et ult. volunt. Francof. 1677; Lobethan, vollst. Abh. der Lehre von der Erbfolge. Halle 1779; *Madihn*, principia juris Rom. de success. s. de jure hereditario. Edit. 2. Frcf. 1792; Zimmern, Grundriß des gemeinen in Deutschland geltenden Erbr. Heidelb. 1823. (mit einem die Ausführung einiger Lehren enthaltenden Anhange); Gans, das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung Bd. 1. u. 2. Berlin 1824—25. Bd. 3. und 4. Stuttg. und Tüb. 1829. 1835. (hierher gehört insbesondere der zweite Band); v. Hartitzsch, das Erbrecht nach röm. und heut. Rechten bearbeitet nach Haubold. Leipzig 1827; Hunger, das röm. Erbrecht. Erl. 1834; Mayer, die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römischen Recht. Th. I. (die universelle Nachfolge). Berl. 1840, Th. II. (die Lehre von den Legaten und Fideikommissen) Abth. 1. Tüb. 1854; Beckhaus, Grundzüge des gem. Erbrechts. Abth. I. Jena 1860; Vering, röm. Erbrecht in histor. und dogmat. Entwicklung. Heidelberg 1861; Koeppen, System des heutigen röm. Erbrechts. Liefr. 1. 2. Jena 1862. 1864; Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts. Th. I. Leipz. 1863; Tewes, System des Erbrechts nach heutigem röm. Recht; zum akadem. Gebrauch. Abth. I. Leipz. 1863. Abth. II. 1864. — Vgl. auch v. Dalwigk, Versuch einer philos. jurist. Darstellung des

Erbrechts nach Anleitung des röm. Rechts, neuer Gesetzgebungen und mehrer Landesstatuten mit Gesetzesvorschlägen. 3 Bde. Wiesb. 1820—22; Lassalle, das Wesen des röm. und germ. Erbr. in histor. philosoph. Entwicklung (auch als 2. Theil von „dem System der erworbenen Rechte"). Leipz. 1861; Unger, das Oesterreichische Erbrecht. Leipz. 1864. (auch als Bd. VI. des Systems des österr. allgem. Privatr.).

Erstes Kapitel.
Allgemeine Vorbegriffe.

Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts. Landshut 1831. S. 1—81.

I. Verschiedene Arten der Succession in das Vermögen eines Verstorbenen. §. 393.

Ueber mortis causa *capio* vgl. Schlagintweit in Ihering's Jahrbb. VI. S. 308 fgg.

II. Recht der hereditas jacens. §. 394.

Finestres, Prael. Cervar. ad tit. de acq. v. omitt. hered. P. I. c. 2, *Majans*. Disput. jur. civil. tom. II. p. 34 sqq., Savigny, System II. §. 102. S. 363 fgg., Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm. XLIII. S. 40 fgg., Ihering, die Lehre von der hereditas jacens; in dessen Abhandll. aus dem röm. Rechte. Nr. 3. S. 147 fgg., Pfeifer, die Lehre von den jurist. Personen S. 151 fgg., Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts. Heft I. Erl. 1852. S. 1 fgg., *Schirmer*, de tribus regulis jur. in hereditate jacente observatis earumque apud veteres usu. Vratisl. 1852, Uhrig, jurist. Pers. I. S. 207 fgg., Pagenstecher in Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 22 fgg., Windscheid in der krit. Ueberschau I. S. 181 fgg., Kuntze, die Obligat. und Singularsucc. S. 376 fgg., Köppen, die Erbschaft. Berlin 1856. S. 25 fgg., Windscheid, Actio S. 233 fgg., Unger in

der krit. Ueberschau VI. S. 159 fgg., Bering, Erbr. S. 66 fgg. S. 89 fgg., Köppen, System des Erbr. S. 200 fgg., Schirmer, Handb. I. §. 3, Tworzack, zur Lehre von der jurist. Persönlichkeit der ruhenden Erbsch. Wien 1863. (auch in Haimerl's Oesterr. Vierteljahrsschr. XI. 2), Tewes, System §. 2, Unger, österreich. Erbr. §. 7. Vgl. auch Puchta in Richter's krit. Jahrbb. Jahrg. IV. (1840) S. 712 fgg. und dessen Vorles. Bd. II. §. 447, Girtanner, Bürgschaft S. 507 fgg., Brinz, Lehrb. §. 154 fgg. S. 661 fgg., Keller, Pand. §. 456.

1) *Gai.* l. 1. pr. de divis. rer. (1, 8): — — res hereditariae, antequam aliquis heres exsistat, nullius in bonis sunt. Vgl. l. 13. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 3. pr. de pecul. (15, 1), l. 9. §. 1. de jure dot. (23, 3), l. 64. de hered. instit. (28, 5), l. 13. §. 5. quod vi (43, 23), l. 6. expil. hered. (47, 19).

2) *Florentin.* l. 22. de fidej. et mandat. (46, 1): Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. — 3) *Ulp.* l. 33. §. 2, l. 34. de acqu. rer. dom. (41, 1): Quoties servus hereditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires consumit, ut Juliano placet, cujus et valuit sententia, testantis personam spectandam esse opinantis, [l. 34] hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est. Vgl. §. 2. J. de hered. instit. (2, 14), pr. J. de stipul. servor. (3, 17), l. 13. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 15. pr. de interrogat. (11, 1), l. 31. §. 1. de hered. instit. (28, 5), l. 116. §. 3. de legat. I, l. 61. pr. de acqu. rer. dom. (41, 1), l. 15. pr. l. 22. de usurp. (41, 3), l. 13. §. 5. quod vi aut clam (43, 24), l. 1. §. 1. si is, qui test. (47, 4), l. 9. C. depos. (4, 34). — 4) *Pompon.* l. 24. de novat. (46, 2): — — hic enim morte promissoris exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet. (Die Vulg. liest: ad heredem *illius*, cujus rel., und diese Lesart wird von Vielen gebilligt, z. B. von Savigny a. a. O. S. 366. Note e; s. aber auch Ihering a. a. O. S. 186, Köppen, Erbsch. S. 85. Not. 1).

5) *Cels.* l. 193. de R. J.: Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continue sub tempus mortis heredes exstitissent. — 6) *Florentin.* l. 54. de acqu. v. omitt. hered. (29, 2): Heres

quandoque hereditatem adeundo, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Vgl. auch l. 28. §. 4. de stipul. servor. (45, 3), l. 138. pr. de R. J., Unger, östr. Erbr. §. 6. Anm. 4.

III. Von Delation und Akquisition der Erbschaft.

1) Im Allgemeinen. §. 395.

Terent. Clemens l. 151. de V. S.: Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. Vgl. Arch. für civ. Prax. XXV. S. 445 fgg., Northoff in Ihering's Jahrbb. VI. S. 190 fgg., Köppen, Syst. S. 249 fgg.

2) Insbesondere.

a) Von den Delationsgründen. §. 396.

Anm. Ueber Erbverträge gelten nach römischem Rechte im Wesentlichen folgende Grundsätze:

I. Wenn der Vertrag das Vermögen eines der Paziszenten zum Gegenstande hat, und zwar

1) den Erwerb dieses Vermögens von Seiten des andern Paziszenten (s. g. pactum hereditarium acquisitivum, Erbeinsetzungs-Vertrag), so ist ein solcher Vertrag schlechthin nichtig, l. 15. C. de pact. (2, 3), l. 34. C. de transact. (2, 4), l. 5. C. de pact. conv. (5, 14), l. 4. C. de inut. stipul. (8, 39), vgl. auch l. 61. de V. O. (45, 1), gewiß deßhalb, weil es unwürdig schien, daß sich jemand um die Freiheit, einen letzten Willen zu haben, bringen könne. Darauf geht das: contra bonos mores in l. 61 cit. und in l. 4. C. de inut. stipul., denn dabei an die Wahrscheinlichkeit von Lebens-Nachstellungen zu denken, gibt es wohl keinen haltbaren Grund; vgl. über die verschiedenen Ansichten *Malblanc*, de causis improbati pacti heredit. ex jure Rom. Tub. 1798, Schöman, Handb. II. S. 179 fgg., Hasse im Rhein. Mus. II. S. 156 fgg., Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Bd. II. S. 113 fgg., Schirmer, Handb. I. §. 5. S. 48 fgg. Eine wahre Ausnahme dieses Verbots kommt im Justinianischen Rechte nicht vor, denn die oft dafür angeführte l. 19. C. de pactis (2, 3) erklärt sich von selbst aus der Formlosigkeit des testamentum militare. Erst durch eine Novelle von Leo (Nov. Leon. 19) wurde verfügt, daß ein Vertrag, wodurch der Vater einem Sohne gleichen Antheil mit seinen Geschwistern zusichere, wirksam sein solle.

2) Soll der Vertrag einem Dritten Rechte auf das Vermögen eines der Paziszenten geben, so kann dies entweder so vorkommen, daß dieser Dritte unmittelbar das Vermögen haben soll, und hier kann der Vertrag offenbar noch

weit weniger gelten, als wenn mit dem Dritten selbst pazissirt wäre; oder es kann dies so geschehen, daß der Dritte mittelbar das Vermögen des einen Pazissenten aus der Hand des andern erhalten soll, in welchem Falle also im Grunde nur einem Erbeinsetzungs-Vertrag noch ein Nebenvertrag über Restitution beigefügt ist, und hier muß natürlich mit Unwirksamkeit des ersteren auch der letztre von selbst hinwegfallen. Kommt aber in einem Falle der letztren Art das Vermögen des einen Pazissenten nicht durch Vertrag, sondern durch testamentarische oder gesetzliche Erbfolge auf den andern Pazissenten, so muß allerdings der Restitutions-Vertrag nach den Grundsätzen über das s. g. Oralfideikommiß (vgl. §. 528) als Vermächtniß aufrecht erhalten werden.

3) Wenn der Vertrag zwischen den beiden Kontrahenten dahin geht, daß der eine auf die Erbschaft des andern verzichtet (pactum hereditarium renunciativum), so ist auch dieses unwirksam, l. 16. de suis (38, 16), l. 35. §. 1. C. de inoff. test. (3, 28), l. 3. C. de collat. (6, 20), offenbar schon deßwegen, weil überhaupt nach römischem Rechte eine noch nicht deferirte Erbschaft nicht wirksam ausgeschlagen werden kann, l. 13. 18. de acqu. v. omitt. hered. (29, 2). Daß dagegen auch die l. 1. §. 3. si quis a par. manum. (37, 12) nicht angeführt werden kann, versteht sich bei der eigenthümlichen Natur der patronatischen bonorum possessio dimidiae partis von selbst, vgl. auch Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm. XXXV. S. 266 fgg.

II. Wenn der Vertrag die künftige Hinterlassenschaft eines Dritten zum Gegenstande hat (von Hasse s. g. Erbschaftsvertrag), so ist entweder dieser Dritte ganz unbestimmt, und dann gilt der Vertrag wie jedes andere pactum spei, l. 3. §. 1. 2, l. 73. pro soc. (17, 2) oder der Dritte ist bestimmt, und dann ist der Regel nach nicht nur der ganze Vertrag unwirksam, sondern es wird auch überdies dem so Pazissirenden die ihm nachher deferirte Erbschaft des Dritten als einem indignus entzogen, l. 2. §. 3. de his, quae ut indign. aufer. (34, 9), l. 29. §. 2. l. 30. de donat. (39, 5), weil er, wie Papinian in l. 29. cit. sagt: „adversus bonos mores et jus gentium festinavit", und auch sonst noch kommt es vor, daß das sollicitum esse de vivi hereditate schändlich sei, vgl. l. 2. §. 2. de vulg. subst. (28, 6), l. 27. §. 4. ad SC. Treb. (36, 1), l. 1. §. 21. de collat. (37, 6). Dies leidet aber dann eine Ausnahme, wenn der Dritte selbst in jenen Vertrag eingewilligt hat, denn in diesem Falle ist der Vertrag vollkommen wirksam, obwohl der Dritte deßhalb natürlich nicht verpflichtet ist, dem andern Pazissenten auch wirklich seine Erbschaft zu hinterlassen, l. 2. §. 3. de his quae ut indign. (34, 9), l. 2. C. Th. fam. herc. (2, 24), l. ult. C. de pact. (2, 3). —

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Erbschafts-Verträge (Nr. II) sich wesentlich von den eigentlichen Erbverträgen (Nr. I) unterscheiden, denn durch die Verträge der ersten Art wird die Erbfolge selbst auf keine Weise verändert, indem der Erbe sich nur verpflichtet, die ihm aus der Erbschaft zukommenden Vortheile auf den andern Pazissenten zu übertragen, und dieser dadurch ganz eben so wenig Erbe wird, wie der Käufer einer schon angefallenen Erbschaft. Daß man diese wesentliche Verschiedenheit festhält, ist auch nicht ohne praktische Wichtigkeit. In dem heutigen gemeinen Rechte sind nämlich Erbverträge aner-

kannter Weise vollkommen giltig, und nicht Wenige folgern aus dieser ganz unzweifelhaften Abänderung des römischen Rechts ohne Weiteres, daß jetzt auch Erbschafts-Verträge unbedenklich erlaubt, und also auch in dieser Beziehung die Beschränkungen des römischen Rechts als weggefallen angesehen werden müßten; vgl. z. B. Thibaut, Syst. §. 853, Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr. §. 341, Mittermaier, Grunds. des deutsch. Privatr. §. 453, u. A. m. Dies ist aber gewiß grundlos, und man muß vielmehr auch noch h. z. T., ungeachtet der gänzlich veränderten Theorie über eigentliche Erbverträge, die Verträge über die künftige Hinterlassenschaft eines Dritten vollständig unter die oben angegebenen Grundsätze des römischen Rechts stellen, vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 449, Hasse im Rh. Mus. II. S. 218 fgg., *Hahn*, de auctoritate pacti de hereditate tertii. Heidelb. 1832 p. 56 sqq., Beseler, Erbverträge II. S. 328 fgg., Hartprecht in Sarwey's Monatsschr. XX. S. 142 fgg., Keller, Pand. §. 474, Schirmer, Handb. I. S. 51 fgg., Köppen, Syst. S. 287. Not. 49. u. A. m. Die Entscheidungen unserer Gerichte sind freilich noch schwankend, vgl. z. B. Seuffert's Arch. Nr. I. 252, II. Nr. 313, VIII. 153, XIII. 44. 151, Sarwey's Monatsschr. XX. S. 129 fgg.

b) Vom Verhältniß der Delationsgründe zu einander.

§. 397.

Anm. Zu den Fundamentalsätzen des römischen Erbrechts gehört die bekannte Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, l. 7. de R. J.:

> „Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus".

vgl. auch Cic. de inv. II. 21:

> „Unius pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset".

Cf. §. 5. J. de hered. inst. (2, 14), Theoph. ad h. l., Brachylog. jur. civ. II. 22. (ed. Boecking p. 63). Der Sinn dieser Regel ist, daß das Testament als den ganzen Nachlaß erschöpfend angenommen werden müsse, und daß also, so lange der letzte Wille das Fundament der Succession ist, der Intestaterbfolge kein Raum zu geben sei. Die Folgen daraus sind aber besonders die, daß, wenn der Testator den eingesetzten Erben Theile zuwies, welche den Nachlaß nicht ausfüllen, das Uebrigbleibende doch unter die eingesetzten Erben vertheilt wird, und nicht an die Intestaterben fällt; und ferner, daß dann, wenn einer der eingesetzten Erben wegfällt, dessen Portion nicht an die Intestatsuccessoren kommt, sondern vermöge des Anwachsungsrechts an die mit ihm zugleich eingesetzten Testamentserben. (Daß im erstren Falle dann, wenn der Erblasser ausdrücklich erklärt habe, der eingesetzte Erbe solle nicht mehr, als die ihm zugewiesenen Theile erhalten, die ganze Erbeinsetzung nichtig sei, und die Intestaterbfolge ein-

trete, wie Mühlenbruch, Komm. XL. S. 164 fgg. behauptet, ist gewiß unhaltbar, indem vielmehr auch in diesem Falle der Testaments-Erbe das Ganze bekommen muß, vgl. auch l. 74. de hered. instit. (28, 5) und s. Huschke im Rh. Mus. VI. S. 302 fgg.). Außerdem hängt jedoch auch mit unsrer Regel augenscheinlich der anderweite Grundsatz zusammen, daß Niemand mit mehreren Testamenten versterben könne, indem auch dieses aus der Ausschließlichkeit der testamentarischen Erbfolge von selbst hervorgeht, l. 19. pr. de test. milit., Huschke im Rhein. Mus. VI. S. 298 fgg., Mühlenbruch, Komm. XXXVIII. S. 335 fgg. Wenn man aber damit außerdem auch noch sehr gewöhnlich den weiteren folgenreichen (Huschke a. a. O. S. 321) Satz hat in Verbindung bringen wollen, daß derselbe Erblasser nicht zu verschiedenen Zeiten ex testamento und ab intestato beerbt werden könne, so ist dies doch wohl irrig, indem die einzelnen Anwendungen dieses Satzes (wie namentlich, daß ein dies certus a quo und ad quem und eine Resolutivbedingung für nicht zugefügt gelten) aus andern Gründen sich besser erklären, Huschke S. 321 fgg., s. auch Dernburg, Beitr. zur Gesch. d. röm. Testam. S. 307 fgg., Mühlenbruch, Komm. XL. S. 188 fgg.

Immer aber will unsere Regel nur sagen, daß eine Konkurrenz zwischen Testaments- und Intestaterben nicht vom Erblasser selbst ausgehen, also nicht durch seinen Willen hervorgebracht werden könne, daß also, wie ja auch der wörtliche Ausdruck der Regel lautet, Jemand nicht zugleich testato und intestato versterben könne, vgl. bes. Seuffert, im civ. Archiv III. S. 218 fgg. Einen Beweis für diese beschränkte Auffassung unsres Grundsatzes kann man zwar nicht mit Seuffert in l. 15. §. 2. de castr. pecul. (49, 17) finden, indem die da vorkommenden Worte *ab initio* gewiß nicht die von Seuffert angenommene Beziehung haben, vgl. auch Huschke a. a. O. S. 337 fgg.; wohl aber liegt ein solcher Beweis theils in der Art und Weise, wie eine Ausnahme unsrer Regel dargestellt wird („nisi sit miles, cujus sola *voluntas* in testando spectatur", §. 5. J. de hered. inst, l. 37. de test. milit.), theils und vorzüglich darin, daß wirklich mehrere Fälle, namentlich bei der querela inoff. test., vorkommen, in denen durch nachherige von dem Willen des Testators unabhängige Ereignisse eine Konkurrenz der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge herbeigeführt wird, vgl. unten die Lehre von der querel. inoff. test. §. 479. Hierin Singularitäten finden zu wollen, die sich etwa nur auf diese Querel bezögen, giebt es keinen Grund, und man kann daher unbedenklich den Satz aufstellen, daß überall, wenn ein Testament nur theilweise reszindirt wird, ein Zusammentreffen von testamentarischen und Intestat-Erben möglich ist. Solche Fälle bilden aber nicht eigentlich eine Ausnahme von unsrer Regel, sondern sie fallen nur nicht in die Sphäre derselben. Eine wahre Ausnahme kommt nur bei den Soldaten vor, l. 6. 37. de test. milit., l. 19. §. 2. de castr. pec., l. 2. C. de test. milit.

Ueber die ursprünglichen Gründe unsrer Regel herrscht unendlicher Streit, vgl. darüber *Haubold*, de causis, cur idem testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788. (auch in opusc. vol. I. p. 315 sqq.; vgl. auch *Wenck*, in der Vorrede zu diesen opusc. p. XXVII sqq.), Thibaut, civil.

Abh. Nro. 5, Kläpfel, Abhandll. aus dem bürgerlichen Rechte Nro. 1, Dernburg, Beitr. zur Gesch. des röm. Testam. S. 302 fgg., Gans, Erbr. in weltgesch. Entw. II. S. 451 fgg., Roßhirt, Erbr. S. 38 fgg., Huschke im Rhein. Mus. VI. Nro. 3, *Zawitz*, de regula, sec. quam nemo pro parte test. pro parte intest. decedere potest. Gött. 1837, Mühlenbruch, Komm. XL. S. 142 fgg., Puchta, Vorles. II. §. 448—50, Gerstlacher, d. Rechtsverhältniß zw. mehreren belasteten Erben und d. Legatar. Heidelb. 1853. S. 19 fgg. Not. 23, Vering, Erbr. S. 437 fgg., Lassalle a. a. O. S. 247 fgg. 266. 390 fgg. 488 fgg., Dworzak, Beitr. zur Lehre vom jus accresc. Wien 1861. S. 8 fgg., Schirmer, Handb. I. S. 52 fgg., Köppen, Syst. S. 273 fgg.

IV. Allgemeine Erörterungen über bonorum possessio.

Hugo, de bonorum possessionibus. Hal. 1788, Koch, bonorum possessio, literarisches Testament nebst Kommentar, Revision und Kodizill. Gieß. 1799, v. Löhr, einige Bemerkungen aus der Lehre von der bon. poss., in seinem und Grolman's Magaz. Bd. III. Abh. 8. und Bd. IV. (1844) Abh. 20, Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bon. poss. bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum (in dessen historischen Forschungen im Gebiete des röm. Privatrechts. Heft I). Berlin 1837, *Leist*, hist. bon. poss. sec. tab. Goett. 1841, Derselbe, die bonorum possessio, ihre geschichtl. Entwicklung und heutige Geltung. Bd. I. Gött. 1844. Bd. II. (in zwei Abtheilungen) 1848, *Hingst*, comm. de bonor. poss. Amstd. 1858, *Janssonius*, de origine bonor. possessionis ejusque vi in adjuvando, supplendo jure Roman. hereditario. Gron. 1859, Vering, Erbr. S. 577 fgg., Schirmer, Handb. I. §. 7. S. 73 fgg. Vgl. auch Roßhirt in sein. Zeitschr. Bd. III. S. 45 fgg. Bd. V. S. 29 fgg., Lassalle S. 476 fgg., Köppen, Erbr. S. 22 fgg.

1) Ursprung und allmählige Entwicklung der bonorum possessio. §. 398.

Anm. Die richtige Ansicht von dem ursprünglichen Charakter der bon. poss. ist für das Verständniß dieses merkwürdigen Instituts selbst in seiner neuesten Gestaltung so wichtig, daß eine Erörterung über die Entstehungsgeschichte desselben auch in dogmatischen Vorlesungen nicht gänzlich umgangen werden kann. Völlige Gewißheit ist freilich bei den sehr dürftigen Quellen nicht zu erbringen, und leicht erklärlich ist daher auch die große Meinungsverschiedenheit selbst noch unter unsren heutigen Juristen. Doch aber sprechen meiner Ueberzeugung nach

die bei Weitem meisten Gründe für die Ansicht, welche schon von Dernburg, Beitr. zur Gesch. des röm. Test. S. 191 ff., 214 fgg. und Francke, das Recht der Notherben S. 97 fgg. angedeutet, später aber unabhängig von diesen Vorgängern von Fabricius in der angef. Schrift näher ausgeführt ist, für die Ansicht nämlich, daß die bonorum poss. ursprünglich nichts Andres gewesen sei, als die gerichtliche Regulirung des Besitzstandes zur Vorbereitung eines Streits über Erbrecht, und daß sie demgemäß nur die Befugniß gewährt habe, den Verstorbenen einstweilen bis zu ausgemachter Sache zu repräsentiren. So gab es denn ursprünglich nur die bonorum poss. secundum tabulas und unde legitimi. Hierzu kam später sehr natürlich, supplendi juris civilis gratia, die bon. poss. unde cognati und unde vir et uxor, und nachdem sich hierdurch die Idee eines eignen prätorischen Erbrechts ausgebildet hatte, trat endlich auch, juris civilis corrigendi causa, die bon. poss. contra tabulas und unde liberi für den Emanzipirten hinzu, so wie auch in mehreren Fällen die bon. poss. secundum tabulas als dem Zivilrechte derogirend angenommen wurde, vgl. auch Danz, Rechtsgeschichte Th. II. S. 47 fgg. und im Wesentlichen auch *Hingst* cit. p. 110 sqq. Im Einzelnen ist hervorzuheben:

1) Die hereditatis petitio ist ihrem Wesen nach nichts Andres, als eine *vindicatio* hereditatis. Ohne Zweifel kamen daher auch bei ihr die bekannten Vindikationsformen vor, so daß sie also früher sacramento, später per sponsionem oder per formulam petitoriam verhandelt wurde, und eben so unzweifelhaft ist es, daß auch bei ihr der Prätor „vindicias dabat secundum alterum eorum", Gai. IV. 16. 17. (wo namentlich unter den Objekten der Vindikation gerade auch die hereditas genannt wird). Diese Vindizien sind nun eben die ursprüngliche bonorum possessio, oder wie sie früher, namentlich bei Cicero, gewöhnlicher heißt, die hereditatis possessio, ein Name, der auch in der spätren Zeit nicht gänzlich verdrängt ist, vgl. l. 3. §. 1. de bon. poss. Sehr natürlich konnten aber hier für die Besitzzuweisung nicht dieselben Prinzipien angewendet werden, wie bei der vindicatio singulae rei, bei welcher doch wohl dieselben Grundsätze galten, wie bei den sich nachher daraus entwickelnden interd. Uti possidetis und Utrubi. Denn eine wesentliche Verschiedenheit ist hier die, daß die Erbschaft anfänglich nothwendig in Keines Besitz ist, sondern immer erst durch Okkupation der Besitz erworben werden muß, und außerdem konnten auch jene Regeln schon darum nicht wohl entscheiden, weil ja gleichzeitig an verschiedenen Erbschaftssachen der Besitz von den mehreren Prätendenten ergriffen sein konnte. Verständiger war es also jedenfalls, wenn die Vindizien dem gegeben wurden, welcher nach der ersten Betrachtung das meiste Recht für sich zu haben schien, und darum wurde edizirt: „wer ein dem äußern Anschein nach in gehöriger Form errichtetes Testament vorweist, also namentlich ein solches, wobei sieben Siegel die Gegenwart der sieben Personen beurkunden, welche außer dem Testator bei dem Testirakt nothwendig sind, wer also tabulas septem signis signatas für sich anführen kann, der soll den vorläufigen Besitz der Erbschaft erlangen. Kann aber ein solches Testament nicht beigebracht werden, dann soll dem nächsten Intestaterben dieser Besitz zugesprochen werden". Daß dies aber wirklich so vorkam, geht m. E. (ungeachtet der Einwendungen von Huschke in Richter's krit.

Jahrbb. Bd. V. S. 9 fgg., Löhr a. a. O. Bd. IV. S. 410 fgg., Bachofen, die lex Voconia S. 71 fgg., Leist a. a. O. I. S. 121 fgg., *Hingst* cit. p. 50 sqq., *Jansson*. cit. p. 44. sqq.) sehr entschieden aus der zweiten Verrinischen Rede, lib. I. c. 44—46. hervor, aus welcher namentlich erhellt, daß die bon. poss. nur eine interimistische Besitzzuweisung zum Zweck der heredit. petitio war, und daß vor und zwischen der bon. poss. secundum tabulas und unde legitimi es noch keine andere gab, also namentlich die b. p contra tabulas und unde liberi noch nicht vorkamen. — Hatte nun jemand so die hereditatis possessio erhalten, so konnte er nun als interimistischer Repräsentant des Erblassers das interd. Quorum bonorum und actiones fictitias anstellen, und dem Gegner konnte alles dieses nicht schaden, weil natürlich der possessor Kaution stellen mußte, im Falle der legis actio: praedes litis et vindiciarum, im Falle der sponsio: stipulatio pro praede litis et vindiciarum, Gai. IV. 16. 90 sqq.

2) Gewiß blieb schon in diesem ersten bisher betrachteten Stadium der B. P. der ganze Rechtsstreit nicht selten bei der Ertheilung der bon. poss. stehen, und es erfolgte keine weitere Fortführung der hereditatis petitio, weil der Gegner, der sich bewußt war, nicht heres zu sein, kein Interesse für die Fortsetzung hatte. So bot sich denn auch sehr natürlich dieses schon vorhandene Institut der B. P. dar, um in subsidium Manchen, welche keine heredes waren, den Vortheil der Erbschaft zu gewähren, was besonders auch darum sehr wünschenswerth erscheinen mußte, weil die hereditas nach Zivilrecht sehr leicht zur vacans werden konnte, und also der Okkupation Preis gegeben war. So edizirte denn der Prätor weiter: „wenn kein legitimus heres vorhanden ist, so werde ich diesen Besitz je dem nächsten Verwandten, und in Ermangelung solcher dem überlebenden Ehegatten geben".

Daß nämlich diese beiden neuen Klassen der B. P. — unde cognati und unde vir et uxor — gleichzeitig entstanden sind, ist sehr wahrscheinlich, und gewiß waren sie schon zu Cicero's Zeit vorhanden, *Cic.* pro A. Cluent. c. 15, 60. — Hier verlor denn natürlich, eben weil kein heres vorhanden war, die B. P. nothwendig den Charakter einer interimistischen Besitzregulirung, m. a. W. die Ertheilung der B. P. wurde in den meisten Fällen ein Akt der voluntaria jurisdictio, und nur etwa, wenn mehrere Kompetenten in diesen Klassen auftraten, wurde eine solche Kollision extra ordinem von dem Magistrat entschieden. Daß in diesen Fällen auch die Kaution wegfallen mußte, versteht sich von selbst.

Die Einführung dieser beiden neuen Klassen war nun aber auch insofern von großer Bedeutung, daß sich dadurch nothwendig die Idee eines besondren prätorischen Erbrechts bilden mußte, eines Erbrechts, welches sich vor dem zivilistischen besonders dadurch vortheilhaft auszeichnete, daß es in dem interdictum Quorum bonorum eine schnellere Rechtshilfe darbot. Dies konnte auch nicht ohne wichtigen Einfluß auf die beiden, schon früher vorhandenen Klassen der B. P. — secundum tabulas und unde legitimi — bleiben, indem nämlich die dazu Berechtigten sich jetzt gewiß sehr oft diese possessio geben ließen, wenn auch nicht gerade ein Erbschaftsstreit bevorstand. Ja es mußte dies späterhin

die Regel bilden, seitdem die hereditatis petitio regelmäßig per formulam petitoriam verhandelt wurde, denn bei diesem petitorium judicium war eine vorgängige Besitzregulirung durch den Magistrat gar nicht erforderlich.

3) So hatte sich denn sehr natürlich die Idee eines besondren prätorischen Erbrechtssystems ausgebildet, eines Systems, welches aber freilich niemals mit dem zivilrechtlichen in wahre Kollision kommen konnte. Späterhin, und zwar wahrscheinlich unter Augustus, ja vielleicht nicht ohne die besondre Mitwirkung dieses Kaisers (vgl. Fabricius S. 91 fgg.), wurde aber auch corrigendi juris civilis causa dieses System durch die Einführung der bon. poss. contra tabulas und unde liberi erweitert, indem nun auch Personen, welche jure civili kein Erbrecht hatten, eine wirksame bon. poss. gegeben wurde, obwohl andere zivilistische Erbberechtigte vorhanden waren. Uebrigens ist es sehr wahrscheinlich, daß dem präterirten Suus schon früher, vielleicht schon in den ersten Anfängen der B. P. eine b. p. contra tabulas gegeben wurde, denn hierfür sprechen nicht nur trifftige innere Gründe, sondern auch die Ausdrucksweise Ulpian's in l. 1. §. 6. de bon. poss. c. t. (37, 4) kann noch dafür angeführt werden, und insbesondere auch der wichtige Umstand, daß selbst noch im spätern Rechte die dem Suus gegebene b. p. c. t. sich wesentlich von der den übrigen liberi eingeräumten unterscheidet, indem sich dieselbe als Eröffnung der reinen Intestaterbfolge charakterisirt, vgl. auch *Foerster*, de bon. p. c. t. p. 142. not. 7, Francke, das Recht der Notherben S. 121 fgg., Fabricius a. a. O. S. 38. S. 100 fgg.

4) Hierzu kamen endlich später noch mehrere bedeutende Veränderungen mit der bonor. poss. secundum tabulas. Mit dieser verhielt es sich nämlich bis hierher so: der Prätor gab dieselbe, sobald nur tabulae VII signis signatae vorlagen, und keine bon. poss. contra tabulas agnoszirt war. Ob das Testament auch nach Zivilrecht zu Recht bestehen könne, wurde nicht untersucht, sondern diese Untersuchung wurde dem über die hereditatis petitio erkennenden judex überlassen, wodurch es denn sehr oft dahin kommen mußte, daß die Erbschaft an den legitimus heres heraus gegeben werden mußte, obwohl dieser im Edikte erst hinter der B. P. secundum tabulas gerufen war. — Dies erlitt nun, wie gesagt, in der Kaiserzeit mehrfache Modifikationen, wodurch dem Zivilrecht immer mehr entgegen getreten wurde, indem in manchen Fällen, in denen die B. P. secundum tabulas sine re werden konnte, dieselbe stets cum re sein sollte. Hierher gehören insbesondere folgende Fälle:

a) Nach einem Reskript von Hadrian soll dann, wenn ein Testament durch agnatio postumi rumpirt, dieser postumus aber vor dem Testator wieder verstorben ist, der bonorum possessor secundum tabulas gegen den heres ab intestato geschützt werden, l. 12. pr. de inj. rupto irr. test. Doch leidet dieses dann eine Ausnahme, wenn in dem rumpirten Testamente ein suus exheredirt ist, indem hier die exceptio doli, welche sonst nach jenem Reskripte dem bonor. possessor secundum tabulas zur Seite steht, wegfällt, l. 13. de dol. mal. except. (44, 4).

b) Eingreifender noch war ein, erst durch Gaius uns bekannt gewordenes Reskript von Markus Aurelius, wornach auch dann, wenn dem Testamnete die zivilistischen Förmlichkeiten fehlten, der bonorum possessor

secundum tabulas gegen den zivilistischen Intestaterben geschützt werden soll, Gai. II. 119—121. Gegen den in einem früheren solennen Testamente eingesetzten Testamentserben wurde freilich dieser Schutz nicht allgemein verliehen, sondern nur dann, wenn der in dem spätern s. g. prätorischen Testamente Eingesetzte zugleich Intestaterbe war. Dies ist nämlich gewiß — wie auch besonders noch aus einer Vergleichung mit l. 12. §. 1. de bon. poss. contra tab. hervorgeht — der ursprüngliche Gedanke Ulpian's in l. 2. de inj. rupt. test., einer Stelle, welche freilich in der Justinianischen Kompilation mit Rücksicht auf l. 21. §. 3. C. de testam. einen ganz andern Sinn erhalten hat. Vgl. bes. Fabricius S. 113 fgg., S. 127 fgg. und unten §. 460. Anm.

Abgesehen von diesen Fällen blieb es dagegen bei dem früheren Rechte, daß, wenn sich nach ertheilter bon. poss. sec. tabulas bei Durchführung der hereditatis petitio zeigte, daß das Testament jure civili nichtig war, der bonorum possessor die Erbschaft an den legitimus herausgeben muß, und die bonorum possessio also sine re wird. —

Schließlich mag hier noch eine gedrängte Darstellung der bedeutenderen abweichenden Meinungen unserer Juristen über die Genesis der B. P. ihre Stelle finden.

1) Die unter den früheren Juristen herrschende, und auch h. z. T. noch sehr gewöhnlich vertheidigte Ansicht ist der oben gegebenen Entwicklung direkt entgegengesetzt. Darnach nämlich soll der Zweck der Einführung dieses Instituts gerade umgekehrt der gewesen sein, das Zivilrecht zu ergänzen und resp. zu emendiren, so daß also, was wir nur als Fortgang und Schlußpunkt andeuteten, hiernach der eigentliche Anfangspunkt gewesen wäre. Statt Aller mögen hier die Ausführungen von v. Savigny und von Huschke angedeutet werden.

Savigny in seiner ersten Abhandl. über d. interd. quor. bonor. in der gesch. Zeitschrift V. S. 14 fgg. (verm. Schriften Bd. II. S. 230 fgg.) spricht sich darüber so aus: „Bei Einführung der B. P. sei es darauf angekommen, gewisse Personen, die nicht Erben waren, namentlich die Emanzipirten und Kognaten, praktisch den Erben gleich zu stellen, und zwar sowohl in Ansehung des Eigenthums als der Obligationen. Bei den letztern sei der Zweck einfach dadurch erreicht worden, daß der Prätor jede einzelne auf der Erbschaft haftende Schuldklage als utilis oder fictitia actio gegeben habe. Noch einfacher sei die Sache gewissermaßen bei dem Eigenthum gewesen, indem sich nämlich hierbei die Neuerungen des Prätor sehr natürlich an die alte usucapio pro herede angelehnt hätten. Diese hätte begreiflich den von dem Prätor begünstigten Personen eben so gut zugestanden, wie jedem Andren, und für den Fall also, daß denselben kein Andrer in Besitzergreifung der Erbschaftssachen zuvorgekommen sei, habe es gar keines besonderen Rechtsmittels bedurft. Hätte aber ein Andrer sich schon vor ihnen in den Besitz der Erbschaftssachen gesetzt, so sei freilich eine Rechtshilfe nöthig gewesen, und diese habe denn der Prätor vermittelst des interd. Quor. bonor. gewährt. Durch dieses interd. adipisc. poss. seien nämlich jene begünstigten Personen in den Stand gesetzt worden, sich den Besitz der Erbschaftssachen zu verschaffen, und sich so die usucapio pro herede möglich zu machen. Später nach Einführung des s. g. bonitarischen Eigenthums

habe man dieses natürlich dem bonor. possessor sogleich nach Ertheilung der B. P. zugestanden, und nachdem man sich so mehr und mehr daran gewöhnt habe, die B. P. als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen, habe man auch die eigenthümlichen Rechtsmittel dieser letzteren darauf angewendet, und so sei namentlich die possessoria heredit. petitio entstanden". — So bestechend auch diese Deduktion beim ersten Anblick sein mag, so leidet sie doch, ganz abgesehen von andren Bedenklichkeiten, die sich dagegen erheben lassen, an dem wesentlichen Mangel, daß sich daraus gerade die auffallendsten und eigenthümlichsten Erscheinungen der B. P. meiner Ueberzeugung nach schlechthin nicht erklären lassen. Wie konnte sich aus diesen Anfängen heraus die B. P. als ein eignes umfassendes, die hereditas gewissermaßen in sich aufnehmendes und doch auch wieder neben ihr stehendes Erbfolgesystem entwickeln? und wie erklärt sich namentlich aus dieser Ansicht die so eigenthümliche Gestalt, welche die bon. poss. secundum tabulas vor dem eben angef. Reskript von M. Aurelius hatte, und zum Theil auch noch nach demselben hat? — Vgl. auch *Hingst* p. 20 sqq., *Jansson.* p. 29 sqq.

Auch Huschke in der Rezens. der Schrift von Fabricius in Richter's krit. Jahrb. 1839, S. 11 fgg. (vgl. auch gesch. Zeitschr. XIV. S. 157 fgg. S. 204 fgg.) knüpft die Einführung der B. P. an die usucapio pro herede an, aber freilich in ganz andrer Weise. Dieselbe sei nämlich durch den unwürdigen und gehässigen Charakter veranlaßt worden, den die usucapio pro herede im Lauf der Zeit angenommen. Während diese nämlich früher eine pia et honesta gewesen, die besonders nur von dem Erblasser nahestehenden Personen in Anwendung gebracht sei, welche ihr Gewissen zu einer solchen schleunigen Besitzergreifung getrieben, damit nämlich bald Götter und Menschen (sacra — creditores) befriedigt würden: sei sie später zu einer wahrhaften improba et lucrativa geworden, seitdem nämlich die Gewinnsucht sich über die Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben begonnen. Jetzt sei es nämlich sehr gewöhnlich geworden, daß hierdurch der Nachlaß den würdigsten Kompetenten entzogen, und so sehr zersplittert sei, daß die einheitliche Idee der bona darüber fast verloren gegangen, und auch der ursprüngliche Zweck der usuc. pro herede, für Götter und Kreditoren einen baldigen Nachfolger zu liefern, ganz verfehlt worden sei. Dieser Zustand der Dinge habe den Prätor zu einer Intervention auffordern müssen, und so habe er denn in den Edikten über B. P. ursprünglich nur seine Hilfe für das schon längst bestehende bona possidere angeboten, wobei ihn vorzüglich der zwiefache Gesichtspunkt geleitet, einmal, daß die einheitliche Natur der bona festgehalten, und zweitens, daß beim Streite der Kompetenten über die Erbschaft nur die Würdigsten zu der vom Prätor auktorisirten Besitznahme zugelassen würden. Zugleich habe er auch, da Alles darauf angekommen sei, dem Erbvermögen recht bald einen faktischen Vorsteher zu geben, die Anbietung der B. P. auf eine gewisse Zeit beschränkt, und nach deren Ablauf den nächst würdigen Kompetenten berufen (successorium edictum). Daß nach dieser Ansicht die das Zivilrecht supplirenden Klassen nicht später aufgekommen seien, als die B. P. heredi data, verstehe sich von selbst, und im Ganzen könne es wohl als gewiß angenommen werden, daß die aus der Kaiserzeit bekannten

ordines possessionis größtentheils schon aus sehr früher Zeit herrührten". Es ist zu bedauern, daß Huschke durch den engen Raum einer Rezension abgehalten worden ist, seine Hypothese näher zu begründen, und namentlich näher auszuführen, welchen Einfluß diese Intervention des Prätor auf die Gestalt der usucapio pro herede geäußert, wie ferner sich aus solchen Keimen — prätorische Besitzeinweisung zum Zweck der usucapio pro herede — ein eignes abgerundetes Erbfolgesystem habe entwickeln können, und wie gerade hieraus sich die eigenthümliche Stellung dieses neuen Systems zu dem Zivilerbrechte erkläre. Mir ist es nicht ganz unwahrscheinlich, daß, wenn Huschke eine solche Ausführung versucht hätte, er wohl durch das Mißlingen dieses Versuches sich hätte bestimmen lassen, seinen geistreichen Einfall nicht der auf solider historischer Basis beruhenden Deduktion von Fabricius entgegen zu setzen. Vgl. auch Leist I. S. 87 fgg. S. 285 fgg., *Hingst* p. 66 sqq., *Jansson.* p. 34 sqq., Lassalle S. 480 fg.

2) Schon manche ältere Juristen gingen von der Idee aus, die auch Hugo II. Rechtsg. S. 238. nicht unwahrscheinlich findet, daß nämlich die B. P. im Wesentlichen auf jus gentium basirt, und ursprünglich wohl die Form gewesen sei, unter welcher den Fremden in Rom vom praetor peregrinus eine Art Erbrecht zugestanden wäre; dieselbe sei dann aus dem Edikt des praetor peregrinus in das des praetor urbanus herübergewandert. Mit Recht ist aber hiergegen bemerkt worden, daß das fast ängstliche Anschließen der B. P. an das System der hereditas, namentlich die so sichtbar hervortretende Berücksichtigung der Agnation und in gewisser Weise selbst der Suität diese Hypothese höchst unwahrscheinlich machen, vgl. v. Löhr a. a. O. S. 250 fgg., Fabricius a. a. O. S. 7 fgg., Leist a. a. O. I. S. XXVII fgg., *Hingst* p. 13 sqq., *Jansson.* p. 24 sqq.

3) In ganz eigenthümlicher Weise bringt Niebuhr, röm. Gesch. Bd. II. S. 173 fgg. (2. Ausg.) die B. P. in Verbindung mit der possessio des ager publicus. Es hätten nämlich die ursprünglichen Edikte über B. P. die Grundsätze enthalten, welche bei der Succession in solche Possessionen gelten sollten, und dabei habe denn natürlich der Prätor sich nicht streng an das Zivilrecht zu halten brauchen. Erwäge man nun, welchen großen Theil des Vermögens solche Possessionen, namentlich nach dem hannibalischen Krieg, ausgemacht, und bedenke man weiter, daß auch das Eigenthum in den zugewandten Ländern und Provinzen, welches ja auch nicht unter das Erbrecht der 12 Tafeln gehört habe, dieser Possession gleichgestellt sei: so erkläre es sich leicht, wie sich durch Gewohnheit ein Erbrecht habe bilden können, dessen allmählige Ausbreitung zum Nachtheil des gesetzlichen gar nicht befremdend sei, während die gewöhnliche Ansicht, wornach ein Magistrat es sich angemaßt habe, ein Erbrecht einzuführen, wodurch das gesetzlich bestehende untergraben werden solle, eine Monstrosität annehme, die kein verständiger Mann, sobald er sich die Sache verwirklicht denke, für möglich halten könne. — Gegen diese gewiß unjuristische, auf mehrfachen Mißverständnissen beruhende, und selbst nicht einmal mit dem Namen unsers Instituts vereinbare Meinung vgl. Fabricius a. a. O. S. 8 fgg., Leist a. a. O. I. S. XXVII, *Hingst* p. 8 sqq., *Jansson.* p. 26 sqq., Schirmer S. 88 fg.

4) Unsrer oben vertheidigten Meinung am Nächsten steht die Ansicht v. Löhr's a. a. O. III. S. 254 fgg. IV. S. 403 fgg., vgl. auch ziv. Arch. XII.

S. 85 fgg. Namentlich geht derselbe ebenfalls von dem Grundgedanken aus, daß der Prätor bei Einführung der B. P. gar nicht an ein neues Successions-System gedacht, sondern das zu andrem Zweck eingeführte Institut nur allmählig dazu benutzt habe, Nichterben Anfangs nur hinter den heredes, später aber auch mit und vor heredes ein Successionsrecht einzuräumen, daß also die B. P. supplendi et corrigendi juris civilis gratia später, als die B. P. heredi data aufgekommen sei. Abweichend ist jedoch die Löhr'sche Ansicht in Betreff des ursprünglichen Zwecks dieser letztren. Statt nämlich in der B. P. eine vorläufige Besitzregulirung zum Zweck der hereditatis petitio zu sehen, glaubt v. Löhr, der Prätor habe dadurch dem heres ein Rechtsmittel verschaffen wollen, vermittelst dessen er den schleunigen Besitz der Erbschaft habe erlangen können, nämlich das interd. Quorum bonorum. Zu diesem Zwecke habe er den heres, und, wie gesagt, anfänglich nur diesen, unter der so gewöhnlichen Form der missiones in possessionem in das Vermögen des Verstorbenen eingewiesen, und daraus habe sich denn allmählig ein neues prätorisches Erbfolge-System in der vorher angedeuteten Weise entwickelt. — Wesentlich dieselbe Ansicht über die Entstehung und den ursprünglichen Zweck der B. P. hat auch Bachofen, die lex Voconia S. 66 fgg., welcher insbesondre nur darin nicht blos von Löhr, sondern auch von allen Uebrigen abweicht, daß er die Fortbildung dieses Instituts, namentlich die Einführung der B. P. juris civilis corrigendi causa, und die wesentlich dadurch herbeigeführte Umgestaltung der B. P. aus einer vorläufigen Besitz-Ertheilung in ein selbstständiges Erbrechts-System, nicht dem Prätorischen Rechte, sondern der Centumviral-Jurisprudenz zuschreibt — eine Behauptung, für welche freilich unsre Quellen auch nicht den mindesten Stützpunkt gewähren. Vgl. dagegen auch Leist I. S. XXXIII fgg. *Hingst* p. 16 sq. p. 48 sqq., *Jansson.* p. 40 sqq.

5) Der Verfasser des umfassendsten Werks über B. P., Leist Bd. I. Kap. 1, will in dem *Edictum successorium* den Punkt finden, von welchem aus sich das Institut der B. P. entwickelt habe. Der gänzliche Mangel der Deliberations-Fristen und der starre Grundsatz des Zivilrechts: in legitimis hereditatibus successionem non esse hätten nothwendig, namentlich für die Erbschafts-Gläubiger, zu bedeutenden Inkonvenienzen geführt, denen durch die zivilen Institute der cretio und der usucapio pro herede nur sehr ungenügend abgeholfen sei. Dies habe den Prätor veranlaßt, eine durchgreifendere Abhilfe einzuführen, und er habe demgemäß edizirt, theils, daß für die heredes gewisse Deliberations-Fristen eintreten sollten — Fristen, welche sich an die hundert Tage der cretio und an das Jahr der usucapio pro herede angeschlossen hätten —, theils, daß ein Nachrücken unter den zivilrechtlichen ordines Statt finden solle. Durch diese Anordnungen habe aber natürlich der Prätor in seiner beschränkten Macht den erstberufenen Erben sein Erbrecht nicht zu entziehen, und folgeweise auch den nachberufenen Erben kein wahres Erbrecht zu verleihen vermocht, sondern er habe die Letztren nur zu Besitzern der Erbschaft, und zu berechtigten Repräsentanten des Erben (heredis loco) machen können, so daß sie ungeachtet ihrer possessio doch zu jeder Zeit dem erstberufenen Erben, wenn dieser gegen sie mit der hereditatis petitio aufgetreten sei, hätten weichen

müssen. Dieses nun sei die ursprüngliche Gestalt und der Kern der B. P., wobei also ganz und gar nicht eine Reform des zivilen Erbrechts, sondern nur eine an dieses zivile Erbrecht sich eng anschließende Anordnung zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger bezweckt worden sei. An diesen Kern hätten sich dann erst später in naturgemäßer Fortentwicklung materielle Neuerungen angeschlossen, indem auch Andre, als zivile heredes, theils hinter (b. p. unde cognati und unde vir et uxor) theils vor und neben denselben (b. p. contra tabulas, unde liberi, und einige der Fälle der b. p. secundum tabulas) zu jener B. P. gerufen worden seien, und dadurch sei dann allmählig die Idee eines neuen Prätorischen Erbrechts-Systems in's Leben getreten. — Man sieht, daß Leist's Ansicht in der Hauptsache, nämlich in der Auffassung des Entwicklungsgangs der B. P. im Ganzen, völlig mit unsrer Meinung übereinstimmt, und nur in einer Beziehung, nämlich in Betreff des eigentlichen Anfangspunkts und der ursprünglichen Veranlassung, davon abweicht. Ich habe mich nun von der Wahrscheinlichkeit dieser neuen Hypothese nicht überzeugen können. Daß die positiven Quellen-Zeugnisse, welche Leist a. a. O. S. 58 fgg. dafür anführt, auch nicht den mindesten Beweis liefern, kann dem scharfsinnigen Verfasser selbst bei unbefangener Betrachtung unmöglich entgehen, und schon die Stellung des successorium edictum im Prätorischen Edikte am Ende der Lehre von der B. P., und noch mehr die Ausdrucksweise Ulpian's in l. 1. de succ. edicto (38, 9):

> „E re igitur Praetor putavit, *praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit*",

und besonders Justinian's in §. 8. J. de bon. poss. (3, 9):

> „*Quum igitur plures species successionum Praetor introduxisset, easque per ordinem disposuisset*, et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae — — — ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit",

deuten bestimmt genug darauf hin, daß das successorium edictum der Aufstellung der prätorischen Erbklassen nicht vorausgegangen sein kann, sondern vielmehr erst dann erfolgte, nachdem sich bereits die Idee eines eigenen prätorischen Erbrechts entwickelt hatte. Als ganz entscheidend gegen Leist's Hypothese erscheinen mir aber die Grundsätze des prätorischen Rechts über die bonorum possessio *secundum tabulas*, denn die Behauptung desselben (Bd. II. S. 254 fgg.), daß diese Grundsätze, wie wir sie zur Zeit der klassischen Juristen finden, und wie sie z. B. von Gaius II. §. 147—149. angegeben sind, erst spätere Erzeugnisse des prätorischen Rechts seien, ist eine völlig unbewiesene, und m. E. unbeweisbare Hypothese. Vgl. auch *Hingst* p. 85 sqq., *Jansson*. p. 51 sqq., Schirmer S. 92 fg. Not.

2) Verhältniß der B. P. zu der hereditas. §. 399.

Anm. Seit Hugo's Ausführungen in der oben angef. Inauguraldissertation und in seinen Rechtsgeschichten hat man sehr allgemein folgendes Prinzip als das normirende angenommen.

weit weniger gelten, als wenn mit dem Dritten selbst pazissirt wäre; oder es kann dies so geschehen, daß der Dritte mittelbar das Vermögen des einen Pazissenten aus der Hand des andern erhalten soll, in welchem Falle also im Grunde nur einem Erbeinsetzungs-Vertrag noch ein Nebenvertrag über Restitution beigefügt ist, und hier muß natürlich mit Unwirksamkeit des ersteren auch der letztre von selbst hinwegfallen. Kommt aber in einem Falle der letztren Art das Vermögen des einen Pazissenten nicht durch Vertrag, sondern durch testamentarische oder gesetzliche Erbfolge auf den andern Pazissenten, so muß allerdings der Restitutions-Vertrag nach den Grundsätzen über das s. g. Oralfideikommiß (vgl. §. 528) als Vermächtniß aufrecht erhalten werden.

3) Wenn der Vertrag zwischen den beiden Kontrahenten dahin geht, daß der eine auf die Erbschaft des andern verzichtet (pactum hereditarium renunciativum), so ist auch dieses unwirksam, l. 16. de suis (38, 16), l. 35. §. 1. C. de inoff. test. (3, 28), l. 3. C. de collat. (6, 20), offenbar schon deßwegen, weil überhaupt nach römischem Rechte eine noch nicht deferirte Erbschaft nicht wirksam ausgeschlagen werden kann, l. 13. 18. de acqu. v. omitt. hered. (29, 2). Daß dagegen auch die l. 1. §. 3. si quis a par. manum. (37, 12) nicht angeführt werden kann, versteht sich bei der eigenthümlichen Natur der patronatischen bonorum possessio dimidiae partis von selbst, vgl. auch Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm. XXXV. S. 266 fgg.

II. Wenn der Vertrag die künftige Hinterlassenschaft eines Dritten zum Gegenstande hat (von Hasse s. g. Erbschaftsvertrag), so ist entweder dieser Dritte ganz unbestimmt, und dann gilt der Vertrag wie jedes andere pactum spei, l. 3. §. 1. 2, l. 73. pro soc. (17, 2) oder der Dritte ist bestimmt, und dann ist der Regel nach nicht nur der ganze Vertrag unwirksam, sondern es wird auch überdies dem so Pazissirenden die ihm nachher deferirte Erbschaft des Dritten als einem indignus entzogen, l. 2. §. 3. de his, quae ut indign. aufer. (34, 9), l. 29. §. 2. l. 30. de donat. (39, 5), weil er, wie Papinian in l. 29. cit. sagt: „adversus bonos mores et jus gentium festinavit", und auch sonst noch kommt es vor, daß das sollicitum esse de vivi hereditate schändlich sei, vgl. l. 2. §. 2. de vulg. subst. (28, 6), l. 27. §. 4. ad SC. Treb. (36, 1), l. 1. §. 21. de collat. (37, 6). Dies leidet aber dann eine Ausnahme, wenn der Dritte selbst in jenen Vertrag eingewilligt hat, denn in diesem Falle ist der Vertrag vollkommen wirksam, obwohl der Dritte deßhalb natürlich nicht verpflichtet ist, dem andern Pazissenten auch wirklich seine Erbschaft zu hinterlassen, l. 2. §. 3. de his quae ut indign. (34, 9), l. 2. C. Th. fam. herc. (2, 24), l. ult. C. de pact. (2, 3). —

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Erbschafts-Verträge (Nr. II) sich wesentlich von den eigentlichen Erbverträgen (Nr. I) unterscheiden, denn durch die Verträge der ersten Art wird die Erbfolge selbst auf keine Weise verändert, indem der Erbe sich nur verpflichtet, die ihm aus der Erbschaft zukommenden Vortheile auf den andern Pazissenten zu übertragen, und dieser dadurch ganz eben so wenig Erbe wird, wie der Käufer einer schon angefallenen Erbschaft. Daß man diese wesentliche Verschiedenheit festhält, ist auch nicht ohne praktische Wichtigkeit. In dem heutigen gemeinen Rechte sind nämlich Erbverträge aner-

Ueber die Bedeutung des Unterschieds zwischen bon. poss. cum re und sine re und über die rechtliche Wirksamkeit der hereditas sine re und der B. P. sine re vgl. übrigens v. Löhr a. a. O. III. S. 281 fgg., bes. S. 296 fgg.

3) B. P. decretalis und edictalis. §. 400.

Löhr in seinem Magazin II. S. 437 fgg. und IV. S. 420 fgg., Fabricius a. a. O. S. 156 fgg., Huschke in Richter's krit. Jahrbb. Bd. V. S. 27 fgg., Leist, die bon. poss. Bd. II. Abth. 1. S. 309 fgg., *Hingst* cit. p. 170 sqq., Schirmer a. a. O. S. 80 fgg.

Anm. Der Erwerb der B. P. geschieht entweder durch einfache Agnition (B. P. de plano data s. edictalis — l. 30. §. 1. de acqu. v. om. hered., l. 1. §. 4. si tab. test. nullae extab.), oder durch ein Dekret des Magistrats (B. P. causa cognita pro tribunali data s. decretalis — l. 1. §. 7. de success. edict.). Die erstere ist die regelmäßige, während die letztre blos ausnahmsweise vorkommt.

I. Bei der B. P. *edictalis* war schon nach ältrem Rechte nichts nöthig, als daß man dem Prätor einen libellus überreichte, welcher die faktischen Voraussetzungen und die Bitte um Ertheilung der B. P. enthielt. Diese Ertheilung geschah denn auch in der Regel ohne alle Sachuntersuchung (was freilich Mayer, Erbr. I. S. 406 fgg. und Leist a. a. O. in Abrede stellen, aber gewiß mit Unrecht, vgl. auch Savigny, verm. Schriften Bd. II. S. 296 fgg. und *Hingst* cit. p. 177 sqq., Schirmer a. a. O. S. 85. Not.) und ohne Dekret, gab aber auch nur dann die wirkliche B. P., wenn jene Voraussetzungen gegründet waren, und diese mußten daher, wenn sie bestritten wurden, von dem, welcher die B. P. erhalten hatte, bewiesen werden, vgl. Löhr in sein. Magaz. III. S. 285 fgg. und im ziv. Arch. XII. S. 106 fgg., Fabricius a. a. O. Später trat an die Stelle jener Bitte bei dem Prätor eine ganz formlose gerichtliche Erklärung, die auch bei jedem Munizipalmagistrat geschehen konnte, l. 9. C. qui admitti ad b. p. poss. (6, 9), und hierauf ist denn gewiß auch §. 11. J. de bon. poss. zu beziehen, woraus man also nicht ein Erlassen einer jeden gerichtlichen Erklärung folgern darf.

II. B. P. *decretalis*. Diese kann immer nur pro tribunali gegeben werden und setzt stets eine vorgängige causae cognitio voraus, l. 3. §. 8. de bon. poss. Ueberdies wird sie nur durch ein Dekret ertheilt, wodurch sie zugleich deferirt und acquirirt wird, so daß eben darum auch eine Repudiation derselben nicht zulässig ist, l. 1. §. 7. de succ. edict. (38, 9), und das für die Erbittung derselben gesetzte tempus utile ist natürlich geräumiger, als bei der B. P. edictalis, l. 2. §. 1. quis ordo (38, 15). Was nun aber die einzelnen Fälle anbelangt, in denen es zu einer solchen B. P. decretalis kommt, so sind hier folgende hervorzuheben:

1) Dieselbe tritt gewiß überall ein, wo die B. P. nur bedingungsweise

trete, wie Mühlenbruch, Komm. XL. S. 164 fgg. behauptet, ist gewiß unhaltbar, indem vielmehr auch in diesem Falle der Testaments-Erbe das Ganze bekommen muß, vgl. auch l. 74. de hered. instit. (28, 5) und s. Huschke im Rh. Mus. VI. S. 302 fgg.). Außerdem hängt jedoch auch mit unsrer Regel augenscheinlich der anderweite Grundsatz zusammen, daß Niemand mit mehreren Testamenten versterben könne, indem auch dieses aus der Ausschließlichkeit der testamentarischen Erbfolge von selbst hervorgeht, l. 19. pr. de test. milit., Huschke im Rhein. Mus. VI. S. 298 fgg., Mühlenbruch, Komm. XXXVIII. S. 335 fgg. Wenn man aber damit außerdem auch noch sehr gewöhnlich den weiteren folgenreichen (Huschke a. a. O. S. 321) Satz hat in Verbindung bringen wollen, daß derselbe Erblasser nicht zu verschiedenen Zeiten ex testamento und ab intestato beerbt werden könne, so ist dies doch wohl irrig, indem die einzelnen Anwendungen dieses Satzes (wie namentlich, daß ein dies certus a quo und ad quem und eine Resolutivbedingung für nicht zugefügt gelten) aus andern Gründen sich besser erklären, Huschke S. 321 fgg., s. auch Dernburg, Beitr. zur Gesch. d. röm. Testam. S. 307 fgg., Mühlenbruch, Komm. XL. S. 188 fgg.

Immer aber will unsere Regel nur sagen, daß eine Konkurrenz zwischen Testaments- und Intestaterben nicht vom Erblasser selbst ausgehen, also nicht durch seinen Willen hervorgebracht werden könne, daß also, wie ja auch der wörtliche Ausdruck der Regel lautet, Jemand nicht zugleich testato und intestato versterben könne, vgl. bes. Seuffert, im civ. Archiv III. S. 218 fgg. Einen Beweis für diese beschränkte Auffassung unsres Grundsatzes kann man zwar nicht mit Seuffert in l. 15. §. 2. de castr. pecul. (49, 17) finden, indem die da vorkommenden Worte *ab initio* gewiß nicht die von Seuffert angenommene Beziehung haben, vgl. auch Huschke a. a. O. S. 337 fgg.; wohl aber liegt ein solcher Beweis theils in der Art und Weise, wie eine Ausnahme unsrer Regel dargestellt wird („nisi sit miles, cujus sola *voluntas* in testando spectatur", §. 5. J. de hered. inst, l. 37. de test. milit.), theils und vorzüglich darin, daß wirklich mehrere Fälle, namentlich bei der querela inoff. test., vorkommen, in denen durch nachherige von dem Willen des Testators unabhängige Ereignisse eine Konkurrenz der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge herbeigeführt wird, vgl. unten die Lehre von der querel. inoff. test. §. 479. Hierin Singularitäten finden zu wollen, die sich etwa nur auf diese Querel bezögen, giebt es keinen Grund, und man kann daher unbedenklich den Satz aufstellen, daß überall, wenn ein Testament nur theilweise reszindirt wird, ein Zusammentreffen von testamentarischen und Intestat-Erben möglich ist. Solche Fälle bilden aber nicht eigentlich eine Ausnahme von unsrer Regel, sondern sie fallen nur nicht in die Sphäre derselben. Eine wahre Ausnahme kommt nur bei den Soldaten vor, l. 6. 37. de test. milit., l. 19. §. 2. de castr. pec., l. 2. C. de test. milit.

Ueber die ursprünglichen Gründe unsrer Regel herrscht unendlicher Streit, vgl. darüber *Haubold*, de causis, cur idem testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788. (auch in opusc. vol. I. p. 315 sqq.; vgl. auch *Wenck*, in der Vorrede zu diesen opusc. p. XXVII sqq.), Thibaut, civil.

Abh. Nro. 5, Kläpfel, Abhandll. aus dem bürgerlichen Rechte Nro. 1, Dernburg, Beitr. zur Gesch. des röm. Testam. S. 302 fgg., Gans, Erbr. in weltgesch. Entw. II. S. 451 fgg., Roßhirt, Erbr. S. 38 fgg., Huschke im Rhein. Mus. VI. Nro. 3, *Zawitz*, de regula, sec. quam nemo pro parte test. pro parte intest. decedere potest. Gött. 1837, Mühlenbruch, Komm. XL. S. 142 fgg., Puchta, Vorles. II. §. 448—50, Gerstlacher, d. Rechtsverhältniß zw. mehreren belasteten Erben und d. Legatar. Heidelb. 1853. S. 19 fgg. Not. 23, Vering, Erbr. S. 437 fgg., Lassalle a. a. O. S. 247 fgg. 266. 390 fgg. 488 fgg., Dworzak, Beitr. zur Lehre vom jus accresc. Wien 1861. S. 8 fgg., Schirmer, Handb. I. S. 52 fgg., Köppen, Syst. S. 273 fgg.

IV. Allgemeine Erörterungen über bonorum possessio.

Hugo, de bonorum possessionibus. Hal. 1788, Koch, bonorum possessio, literarisches Testament nebst Kommentar, Revision und Kodizill. Gieß. 1799, v. Löhr, einige Bemerkungen aus der Lehre von der bon. poss., in seinem und Grolman's Magaz. Bd. III. Abh. 8. und Bd. IV. (1844) Abh. 20, Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bon. poss. bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum (in dessen historischen Forschungen im Gebiete des röm. Privatrechts. Heft I). Berlin 1837, *Leist*, hist. bon. poss. sec. tab. Goett. 1841, Derselbe, die bonorum possessio, ihre geschichtl. Entwicklung und heutige Geltung. Bd. I. Gött. 1844. Bd. II. (in zwei Abtheilungen) 1848, *Hingst*, comm. de bonor. poss. Amstd. 1858, *Janssonius*, de origine bonor. possessionis ejusque vi in adjuvando, supplendo jure Roman. hereditario. Gron. 1859, Vering, Erbr. S. 577 fgg., Schirmer, Handb. I. §. 7. S. 73 fgg. Vgl. auch Roßhirt in sein. Zeitschr. Bd. III. S. 45 fgg. Bd. V. S. 29 fgg., Lassalle S. 476 fgg., Köppen, Erbr. S. 22 fgg.

1) Ursprung und allmählige Entwicklung der bonorum possessio. §. 398.

Anm. Die richtige Ansicht von dem ursprünglichen Charakter der bon. poss. ist für das Verständniß dieses merkwürdigen Instituts selbst in seiner neuesten Gestaltung so wichtig, daß eine Erörterung über die Entstehungsgeschichte desselben auch in dogmatischen Vorlesungen nicht gänzlich umgangen werden kann. Völlige Gewißheit ist freilich bei den sehr dürftigen Quellen nicht zu erbringen, und leicht erklärlich ist daher auch die große Meinungsverschiedenheit selbst noch unter unsren heutigen Juristen. Doch aber sprechen meiner Ueberzeugung nach

die bei Weitem meisten Gründe für die Ansicht, welche schon von Dernburg, Beitr. zur Gesch. des röm. Test. S. 191 ff., 214 fgg. und Francke, das Recht der Notherben S. 97 fgg. angedeutet, später aber unabhängig von diesen Vorgängern von Fabricius in der anges. Schrift näher ausgeführt ist, für die Ansicht nämlich, daß die bonorum poss. ursprünglich nichts Andres gewesen sei, als die gerichtliche Regulirung des Besitzstandes zur Vorbereitung eines Streits über Erbrecht, und daß sie demgemäß nur die Befugniß gewährt habe, den Verstorbenen einstweilen bis zu ausgemachter Sache zu repräsentiren. So gab es denn ursprünglich nur die bonorum poss. secundum tabulas und unde legitimi. Hierzu kam später sehr natürlich, supplendi juris civilis gratia, die bon. poss. unde cognati und unde vir et uxor, und nachdem sich hierdurch die Idee eines eignen prätorischen Erbrechts ausgebildet hatte, trat endlich auch, juris civilis corrigendi causa, die bon. poss. contra tabulas und unde liberi für den Emanzipirten hinzu, so wie auch in mehreren Fällen die bon. poss. secundum tabulas als dem Zivilrechte derogirend angenommen wurde, vgl. auch Danz, Rechtsgeschichte Th. II. S. 47 fgg. und im Wesentlichen auch *Hingst* cit. p. 110 sqq. Im Einzelnen ist hervorzuheben:

1) Die hereditatis petitio ist ihrem Wesen nach nichts Andres, als eine *vindicatio* hereditatis. Ohne Zweifel kamen daher auch bei ihr die bekannten Vindikationsformen vor, so daß sie also früher sacramento, später per sponsionem oder per formulam petitoriam verhandelt wurde, und eben so unzweifelhaft ist es, daß auch bei ihr der Prätor „vindicias dabat secundum alterum eorum", Gai. IV. 16. 17. (wo namentlich unter den Objekten der Vindikation gerade auch die hereditas genannt wird). Diese Vindizien sind nun eben die ursprüngliche bonorum possessio, oder wie sie früher, namentlich bei Cicero, gewöhnlicher heißt, die hereditatis possessio, ein Name, der auch in der spätren Zeit nicht gänzlich verdrängt ist, vgl. l. 3. §. 1. de bon. poss. Sehr natürlich konnten aber hier für die Besitzzuweisung nicht dieselben Prinzipien angewendet werden, wie bei der vindicatio singulae rei, bei welcher doch wohl dieselben Grundsätze galten, wie bei den sich nachher daraus entwickelnden interd. Uti possidetis und Utrubi. Denn eine wesentliche Verschiedenheit ist hier die, daß die Erbschaft anfänglich nothwendig in Keines Besitz ist, sondern immer erst durch Okkupation der Besitz erworben werden muß, und außerdem konnten auch jene Regeln schon darum nicht wohl entscheiden, weil ja gleichzeitig an verschiedenen Erbschaftssachen der Besitz von den mehreren Prätendenten ergriffen sein konnte. Verständiger war es also jedenfalls, wenn die Vindizien dem gegeben wurden, welcher nach der ersten Betrachtung das meiste Recht für sich zu haben schien, und darum wurde edizirt: „wer ein dem äußern Anschein nach in gehöriger Form errichtetes Testament vorweist, also namentlich ein solches, wobei sieben Siegel die Gegenwart der sieben Personen beurkunden, welche außer dem Testator bei dem Testirakt nothwendig sind, wer also tabulas septem signis signatas für sich anführen kann, der soll den vorläufigen Besitz der Erbschaft erlangen. Kann aber ein solches Testament nicht beigebracht werden, dann soll dem nächsten Intestaterben dieser Besitz zugesprochen werden". Daß dies aber wirklich so vorkam, geht m. E. (ungeachtet der Einwendungen von Huschke in Richter's krit.

war, daß der Verurtheilte Sklave oder Peregrine wurde, so kann auch hiervon h. z. T. keine Anwendung mehr gemacht werden.

3) Ketzer und Apostaten, l. 5. C. de haeret. et Manich. (l. 5.) [l. 65. C. Th. de haeret. 16, 5], l. 3. C. de apost. (l. 7.) [l. 4. C. Th. de apost. 16, 7], vgl. Nov. 115. c. 3. §. 14. c. 4. §. 8. — Auch dies ist h. z. T. unpraktisch, da Ketzerei und Apostasie nach jetzt geltendem Rechte aus der Reihe der bürgerlich strafbaren Verbrechen verschwunden sind.

4) Söhne und Töchter von Hochverräthern. Aus besonderer Gnade soll den Söhnen zwar das Leben geschenkt werden, aber sie sollen Niemanden weder ab intestato noch ex testamento succediren dürfen, so, „ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium, et vita supplicium", l. 5. C. ad leg. Jul. majest. (9, 8). Mit Unrecht nimmt man übrigens an, daß Arkadius der Schöpfer dieses schreienden Unrechts sei, und daß er dadurch beabsichtigt habe, die Strafe des Hochverräthers selbst zu steigern; vielmehr ist es eine, sich durch das ganze Alterthum hinziehende, besonders bei politischen Verbrechen hervortretende Sitte, die Kinder mit den schuldigen Eltern zu bestrafen, eine Sitte, die sich auf den Erfahrungssatz gründete, daß namentlich politische Gesinnungen sich regelmäßig in einer Familie forterben, so daß also die Kinder hier wegen ihrer eignen präsumirten bösen Gesinnung bestraft werden, vgl. bes. Abegg im neuen Arch. des Kriminalr. VII. Abh. 7. — Sehr bestritten ist es hierbei aber, namentlich unter den Kriminalisten, wen Arkadius unter den filii verstanden habe. In Betreff der *emancipati* sagt man gewöhnlich, daß unterschieden werden müsse zwischen den vor und nach dem Verbrechen Emanzipirten, vgl. *Matthaeus*, de criminib. ad lib. 48. tit. 2. c. 3. §. 12. Der dafür angef. Grund, weil der Kaiser in l. 5. cit. §. 4. die nach verübtem Verbrechen vorgenommene Emanzipation für ungültig erkläre, ist jedoch offenbar ungenügend, und man muß also, da in dem Gesetz selbst nirgends auf väterliche Gewalt Gewicht gelegt wird, alle Söhne ohne Ausnahme hierher zählen, vorausgesetzt natürlich, daß sie, sofern von einem männlichen Hochverräther die Rede ist, ehelich sind. Auf Enkel kann die Verordnung gewiß nicht bezogen werden, weil dort nicht liberi überhaupt, sondern nur filii genannt sind, und zweifelhaft ist nur, ob unter diesen Ausdruck auch die plene Adoptirten fallen. Da aber bei diesen die ratio legis nicht ganz passend scheint, so darf man wohl nur die leiblichen Kinder hierher zählen, *Matthaeus* cit. §. 13. Wenn Manche endlich noch zwischen den vor und den nach verübtem Verbrechen gebornen Söhnen unterscheiden wollen, indem sie entweder die Erstren, was besonders viele Aeltere wollen, oder die Letzteren, was z. B. Feuerbach, Lehrb. des peinl. R. §. 169. Not. d. wahrscheinlich findet, von der gesetzlichen Strafe ausnehmen, so liegt für keine dieser Meinungen im Gesetz selbst ein haltbarer Grund vor, und die ratio legis paßt vielmehr auf beide Arten von Kindern auf gleiche Weise; vgl. auch *Matthaeus* cit. §. 15, Wächter, Lehrb. d. Strafr. Bd. II. S. 526, Henke, Handb. des Kriminalrechts Bd. III. S. 451. Not. 6. — Für die Töchter von Hochverräthern sind die für die Söhne geltenden Bestimmungen nur insofern gemildert, als dieselben, so viel ihrer auch sein mögen, aus dem Vermögen ihrer Mutter nur eine Falcidia, also ¼. aber nicht mehr, weder ab intestato noch

die Regel bilden, seitdem die hereditatis petitio regelmäßig per formulam petitoriam verhandelt wurde, denn bei diesem petitorium judicium war eine vorgängige Besitzregulirung durch den Magistrat gar nicht erforderlich.

3) So hatte sich denn sehr natürlich die Idee eines besondren prätorischen Erbrechtssystems ausgebildet, eines Systems, welches aber freilich niemals mit dem zivilrechtlichen in wahre Kollision kommen konnte. Späterhin, und zwar wahrscheinlich unter Augustus, ja vielleicht nicht ohne die besondre Mitwirkung dieses Kaisers (vgl. Fabricius S. 91 fgg.), wurde aber auch corrigendi juris civilis causa dieses System durch die Einführung der bon. poss. contra tabulas und unde liberi erweitert, indem nun auch Personen, welche jure civili kein Erbrecht hatten, eine wirksame bon. poss. gegeben wurde, obwohl andere zivilistische Erbberechtigte vorhanden waren. Uebrigens ist es sehr wahrscheinlich, daß dem präterirten Suus schon früher, vielleicht schon in den ersten Anfängen der B. P. eine b. p. contra tabulas gegeben wurde, denn hierfür sprechen nicht nur trifftige innere Gründe, sondern auch die Ausdrucksweise Ulpian's in l. 1. §. 6. de bon. poss. c. t. (37, 4) kann noch dafür angeführt werden, und insbesondere auch der wichtige Umstand, daß selbst noch im spätern Rechte die dem Suus gegebene b. p. c. t. sich wesentlich von der den übrigen liberi eingeräumten unterscheidet, indem sich dieselbe als Eröffnung der reinen Intestaterbfolge charakterisirt, vgl. auch *Foerster*, de bon. p. c. t. p. 142. not. 7, Francke, das Recht der Notherben S. 121 fgg., Fabricius a. a. O. S. 38. S. 100 fgg.

4) Hierzu kamen endlich später noch mehrere bedeutende Veränderungen mit der bonor. poss. secundum tabulas. Mit dieser verhielt es sich nämlich bis hierher so: der Prätor gab dieselbe, sobald nur tabulae VII signis signatae vorlagen, und keine bon. poss. contra tabulas agnoszirt war. Ob das Testament auch nach Zivilrecht zu Recht bestehen könne, wurde nicht untersucht, sondern diese Untersuchung wurde dem über die hereditatis petitio erkennenden judex überlassen, wodurch es denn sehr oft dahin kommen mußte, daß die Erbschaft an den legitimus heres heraus gegeben werden mußte, obwohl dieser im Edikte erst hinter der B. P. secundum tabulas gerufen war. — Dies erlitt nun, wie gesagt, in der Kaiserzeit mehrfache Modifikationen, wodurch dem Zivilrecht immer mehr entgegen getreten wurde, indem in manchen Fällen, in denen die B. P. secundum tabulas sine re werden konnte, dieselbe stets cum re sein sollte. Hierher gehören insbesondere folgende Fälle:

a) Nach einem Reskript von Hadrian soll dann, wenn ein Testament durch agnatio postumi rumpirt, dieser postumus aber vor dem Testator wieder verstorben ist, der bonorum possessor secundum tabulas gegen den heres ab intestato geschützt werden, l. 12. pr. de inj. rupto irr. test. Doch leidet dieses dann eine Ausnahme, wenn in dem rumpirten Testamente ein suus exheredirt ist, indem hier die exceptio doli, welche sonst nach jenem Reskripte dem bonor. possessor secundum tabulas zur Seite steht, wegfällt, l. 13. de dol. mal. except. (44, 4).

b) Eingreifender noch war ein, erst durch Gaius uns bekannt gewordenes Reskript von Markus Aurelius, wornach auch dann, wenn dem Testamnete die zivilistischen Förmlichkeiten fehlten, der bonorum possessor

1) für die Intestaterbfolge die einfache Regel aufgestellt werden, daß der Erbe successionsfähig sein müsse im Augenblicke der Delation, und von da ununterbrochen bis zum wirklichen Erwerb der Erbschaft, l. 1. §. 4. ad SC. Tertull. (38, 17). Ist der Erblasser also ohne Hinterlassung eines giltigen Testaments verstorben, so muß für die zunächst berufenen Intestaterben vom Augenblick des Todes an, für die etwa später Nachrückenden aber von dem Augenblick des Wegfallens der früher Berufenen an, die Erbfähigkeit vorhanden sein. War aber ein giltiges Testament vorhanden, welches erst später aus irgend einem Grunde hinfällig wird, so ist natürlich nicht die Todeszeit, sondern der Augenblick der wirklich eröffneten Intestatsuccession entscheidend; Glück, Intestaterbf. §. 28.

2) Bei der testamentarischen Erbfolge muß ebenfalls Successionsfähigkeit vorhanden sein vom Augenblick der Delation an bis zum Erbschaftserwerb, außerdem aber auch noch im Augenblick der Testamentserrichtung. Der Zeitraum dagegen zwischen der Testamentserrichtung und der Delation wird nicht beachtet, so daß namentlich im Falle einer bedingten Erbeinsetzung selbst die zur Todeszeit des Testator noch vorhandene, aber vor Eintritt der Bedingung weggefallene Successionsunfähigkeit nicht schadet, vgl. §. 4. J. de hered. qual. et diff. (2, 19), l. 6. §. 2, l. 49. §. 1, l. 50, l. 59. §. 4. de hered. instit. (28, 5). Lehr, Erörtr. der Frage, in welchen Zeitpunkten der Testamentserbe oder Legatar erbfähig sein müsse? Darmstadt 1792, Mühlenbruch, Komm. XXXIX. S. 220 fgg, Schirmer, Handb. I. §. 4. S. 43 fgg.

3) Bei Legaten kommt ebenfalls der Zeitpunkt der Errichtung und außerdem der Augenblick, ubi dies legati cedit, in Betracht, l. 59. §. 4. de hered. inst. (28, 5), l 104. de condit. et dem. (35, 1). Daß auch noch überdies bis zu der Zeit, ubi dies legati venit, Successionsfähigkeit vorhanden sein müsse, wie z B. noch Roßhirt, Erbr. S. 63. behauptet (s. jetzt auch Köppen in Ihering's Jahrb. V. S. 212), ist gewiß ungegründet, da im erstren Moment schon das Legat erworben ist, und später eintretende Erwerbunfähigkeit den schon geschehenen Erwerb nicht aufheben kann. — Ob übrigens auch bei bedingten Legaten die Erbfähigkeit im Augenblick der Errichtung vorhanden sein müsse, hängt von Entscheidung der bestrittenen Frage ab, ob die Katonianische Regel auch auf die Successionsfähigkeit des Legatars bezogen werden dürfe? S. darüber unten die Lehre von der reg. Catoniana §. 540. Anm.

habe man dieses natürlich dem bonor. possessor sogleich nach Ertheilung der B. P. zugestanden, und nachdem man sich so mehr und mehr daran gewöhnt habe, die B. P. als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen, habe man auch die eigenthümlichen Rechtsmittel dieser letzteren darauf angewendet, und so sei namentlich die possessoria heredit. petitio entstanden". — So bestechend auch diese Deduktion beim ersten Anblick sein mag, so leidet sie doch, ganz abgesehen von andren Bedenklichkeiten, die sich dagegen erheben lassen, an dem wesentlichen Mangel, daß sich daraus gerade die auffallendsten und eigenthümlichsten Erscheinungen der B. P. meiner Ueberzeugung nach schlechthin nicht erklären lassen. Wie konnte sich aus diesen Anfängen heraus die B. P. als ein eignes umfassendes, die hereditas gewissermaßen in sich aufnehmendes und doch auch wieder neben ihr stehendes Erbfolgesystem entwickeln? und wie erklärt sich namentlich aus dieser Ansicht die so eigenthümliche Gestalt, welche die bon. poss. secundum tabulas vor dem eben angef. Reskript von M. Aurelius hatte, und zum Theil auch noch nach demselben hat? — Vgl. auch *Hingst* p. 20 sqq., *Jansson*. p. 29 sqq.

Auch Huschke in der Rezens. der Schrift von Fabricius in Richter's krit. Jahrb. 1839, S. 11 fgg. (vgl. auch gesch. Zeitschr. XIV. S. 157 fgg. S. 204 fgg.) knüpft die Einführung der B. P. an die usucapio pro herede an, aber freilich in ganz andrer Weise. Dieselbe sei nämlich durch den unwürdigen und gehässigen Charakter veranlaßt worden, den die usucapio pro herede im Lauf der Zeit angenommen. Während diese nämlich früher eine pia et honesta gewesen, die besonders nur von dem Erblasser nahestehenden Personen in Anwendung gebracht sei, welche ihr Gewissen zu einer solchen schleunigen Besitzergreifung getrieben, damit nämlich bald Götter und Menschen (sacra — creditores) befriedigt würden: sei sie später zu einer wahrhaften improba et lucrativa geworden, seitdem nämlich die Gewinnsucht sich über die Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben begonnen. Jetzt sei es nämlich sehr gewöhnlich geworden, daß hierdurch der Nachlaß den würdigsten Kompetenten entzogen, und so sehr zersplittert sei, daß die einheitliche Idee der bona darüber fast verloren gegangen, und auch der ursprüngliche Zweck der usuc. pro herede, für Götter und Kreditoren einen baldigen Nachfolger zu liefern, ganz verfehlt worden sei. Dieser Zustand der Dinge habe den Prätor zu einer Intervention auffordern müssen, und so habe er denn in den Edikten über B. P. ursprünglich nur seine Hilfe für das schon längst bestehende bona possidere angeboten, wobei ihn vorzüglich der zwiefache Gesichtspunkt geleitet, einmal, daß die einheitliche Natur der bona festgehalten, und zweitens, daß beim Streite der Kompetenten über die Erbschaft nur die Würdigsten zu der vom Prätor auktorisirten Besitznahme zugelassen würden. Zugleich habe er auch, da Alles darauf angekommen sei, dem Erbvermögen recht bald einen faktischen Vorsteher zu geben, die Anbietung der B. P. auf eine gewisse Zeit beschränkt, und nach deren Ablauf den nächst würdigen Kompetenten berufen (successorium edictum). Daß nach dieser Ansicht die das Zivilrecht supplirenden Klassen nicht später aufgekommen seien, als die B. P. heredi data, verstehe sich von selbst, und im Ganzen könne es wohl als gewiß angenommen werden, daß die aus der Kaiserzeit bekannten

ordines possessionis größtentheils schon aus sehr früher Zeit herrührten". Es ist zu bedauern, daß Huschke durch den engen Raum einer Rezension abgehalten worden ist, seine Hypothese näher zu begründen, und namentlich näher auszuführen, welchen Einfluß diese Intervention des Prätor auf die Gestalt der usucapio pro herede geäußert, wie ferner sich aus solchen Keimen — prätorische Besitzeinweisung zum Zweck der usucapio pro herede — ein eignes abgerundetes Erbfolgesystem habe entwickeln können, und wie gerade hieraus sich die eigenthümliche Stellung dieses neuen Systems zu dem Zivilerbrechte erkläre. Mir ist es nicht ganz unwahrscheinlich, daß, wenn Huschke eine solche Ausführung versucht hätte, er wohl durch das Mißlingen dieses Versuches sich hätte bestimmen lassen, seinen geistreichen Einfall nicht der auf solider historischer Basis beruhenden Deduktion von Fabricius entgegen zu setzen. Vgl. auch Leist I. S. 87 fgg. S. 285 fgg., *Hingst* p. 66 sqq., *Jansson.* p. 34 sqq., Lassalle S. 480 fg.

2) Schon manche ältere Juristen gingen von der Idee aus, die auch Hugo II. Rechtsg. S. 238. nicht unwahrscheinlich findet, daß nämlich die B. P. im Wesentlichen auf jus gentium basirt, und ursprünglich wohl die Form gewesen sei, unter welcher den Fremden in Rom vom praetor peregrinus eine Art Erbrecht zugestanden wäre; dieselbe sei dann aus dem Edikt des praetor peregrinus in das des praetor urbanus herübergewandert. Mit Recht ist aber hiergegen bemerkt worden, daß das fast ängstliche Anschließen der B. P. an das System der hereditas, namentlich die so sichtbar hervortretende Berücksichtigung der Agnation und in gewisser Weise selbst der Suität diese Hypothese höchst unwahrscheinlich machen, vgl. v. Löhr a. a. O. S. 250 fgg., Fabricius a. a. O. S. 7 fgg., Leist a. a. O. I. S. XXVII fgg., *Hingst* p. 13 sqq., *Jansson.* p. 24 sqq.

3) In ganz eigenthümlicher Weise bringt Niebuhr, röm. Gesch. Bd. II. S. 173 fgg. (2. Ausg.) die B. P. in Verbindung mit der possessio des ager publicus. Es hätten nämlich die ursprünglichen Edikte über B. P. die Grundsätze enthalten, welche bei der Succession in solche Possessionen gelten sollten, und dabei habe denn natürlich der Prätor sich nicht streng an das Zivilrecht zu halten brauchen. Erwäge man nun, welchen großen Theil des Vermögens solche Possessionen, namentlich nach dem hannibalischen Krieg, ausgemacht, und bedenke man weiter, daß auch das Eigenthum in den zugewandten Ländern und Provinzen, welches ja auch nicht unter das Erbrecht der 12 Tafeln gehört habe, dieser Possession gleichgestellt sei: so erkläre es sich leicht, wie sich durch Gewohnheit ein Erbrecht habe bilden können, dessen allmählige Ausbreitung zum Nachtheil des gesetzlichen gar nicht befremdend sei, während die gewöhnliche Ansicht, wornach ein Magistrat es sich angemaßt habe, ein Erbrecht einzuführen, wodurch das gesetzlich bestehende untergraben werden solle, eine Monstrosität annehme, die kein verständiger Mann, sobald er sich die Sache verwirklicht denke, für möglich halten könne. — Gegen diese gewiß unjuristische, auf mehrfachen Mißverständnissen beruhende, und selbst nicht einmal mit dem Namen unsers Instituts vereinbare Meinung vgl. Fabricius a. a. O. S. 8 fgg., Leist a. a. O. I. S. XXVII, *Hingst* p. 8 sqq., *Jansson.* p. 26 sqq., Schirmer S. 88 fg.

4) Unsrer oben vertheidigten Meinung am Nächsten steht die Ansicht v. Löhr's a. a. O. III. S. 254 fgg. IV. S. 403 fgg., vgl. auch ziv. Arch. XII.

in der Klasse unde liberi bekanntlich die Fiktion der **Suität** zu Grunde gelegt habe, l. 6. §. 1. de bon. poss. (37, 1), l. 3. §. 5. de bon. p. c. t. (37, 4) und hier also, da die liberi nur in ihrer Qualität als sui gerufen seien, l. 1. quis ordo (38, 15), eben so wenig der Gedanke an eine successio graduum habe entstehen können, wie dies nach Zivilrecht bei den sui heredes der Fall gewesen sei. Dazu komme auch noch überdies die Analogie der bon. poss. contra tabulas, denn hier komme anerkannter Weise keine successio graduum vor, und doch seien zur bon. poss. unde liberi nur gerade dieselben Personen gerufen, wie zur bon. poss. contra tab.

Ich bin entschieden der Ansicht, daß es zur Zeit der Pandektenjuristen keine successio graduum in dem ordo unde liberi gab; aber man hat bei dieser ganzen Streitfrage meines Erachtens den eigentlichen Hauptpunkt so gut, wie übersehen. Es versteht sich nämlich von selbst, daß nur Solche vermittelst der successio graduum in die Stelle Weggefallener einrücken können, welche selbst auch zur bon. poss. gerufen sind. Nun waren aber in der ersten Klasse der bon. poss. ab intestato bekanntlich nur die *liberi* gerufen, also gerade nur diejenigen, die in dem Augenblicke der eröffneten Intestatsuccession sui heredes des Erblassers sind, oder es doch ohne eine dazwischen liegende cap. dem. minima sein würden. Diejenigen also, denen zur Zeit der eröffneten Intestaterbfolge noch ein Näherer in ihrem Stamme vorgeht, gehören unter keiner Voraussetzung zu den Liberi, und da sie eben deswegen auch gar nicht in der ersten Klasse gerufen sind, so können sie auch ungeachtet der völligen Allgemeinheit des edictum successorium, die ich vollständig zugebe, nicht vermittelst der successio graduum, sondern nur durch die successio ordinum zur Erbfolge kommen. (Es verhielt sich also im Wesentlichen hiermit eben so, wie nach Zivilrecht mit den entfernteren Agnaten. Da nämlich nach den XII Tafeln gerade nur der *proximus* agnatus zur Erbfolge gerufen war, so mußte sich daraus von selbst der, seinem wahren Gehalte nach doch gewiß nur auf die Agnatensuccession beschränkte, Satz ergeben: in legitimis hereditatibus successionem non esse). So wenig auch diese Ansicht besondrer gesetzlicher Belege bedarf, da sie sich mit innerer Nothwendigkeit aus dem bekannten Begriff von liberi ergiebt, so fehlt es doch auch hieran nicht ganz, und zwar möchten namentlich l. 4. §. 1. de bon. p. c. t., und l. 34. C. de inoff. test. hierher gehören. In der ersten Stelle wird zwar nicht unmittelbar für den ordo unde liberi, sondern für die bon. poss. contra tabulas die successio graduum in Abrede gestellt, aber aus einem Grunde, welcher vollkommen auch für die Klasse unde liberi paßt, „quia non esset nepos suus heres futurus", d. h. weil der in dem Stamme Nachfolgende nicht zu den liberi gehört. Was aber die l. 34. cit. anbelangt, so ist zu bevorworten, daß es aus innern Gründen im höchsten Grade wahrscheinlich ist, daß bei der successio in querelam inoff. test. wesentlich dieselben Grundsätze galten, wie bei der successio in der reinen Intestaterbfolge, und daß also, wenn es gewiß ist, daß bei der erstren die entfernteren Deszendenten nicht vermittelst der successio graduum nachrückten, daraus ein wichtiges Argument für die Ansicht hervorgeht, daß auch in der Klasse unde liberi eine solche successio nicht vorgekommen sei, vgl. §. 480. Anm. 2. Nun geht aber aus l. 34. cit. wirklich mit aller möglichen

Bestimmtheit hervor, daß die Enkel nicht an die Stelle ihres weggefallenen Parens in die querela inoff. test. einrückten („omne adjutorium nepotem dereliquit"), und insofern giebt diese Stelle einen nicht verächtlichen Beweisgrund für unsre Meinung ab. — Wie man hiergegen schon oft die l. 5. §. 2. si tab. test. nullae extab. hat anführen mögen, ist schwer zu begreifen, da hier offenbar nicht von einer succ. graduum, sondern von dem Anwachsungsrechte in Folge des edictum de conjungendis cum emanc. liberis ejus die Rede ist, *Koch* cit.

Die bisherige Ausführung bezieht sich aber nur auf das vorjustinianische Recht, denn in der Justinianischen Kompilation findet sich meiner Ueberzeugung nach allerdings auch in der Klasse unde liberi eine succ. graduum anerkannt. Sehr entschieden spricht nämlich hierfür die l. 3. C. unde liberi. Zwar ließe sich diese Stelle möglicher Weise auch von der successio ordinum, also so verstehen, daß hier der Enkel nicht in dem ordo unde liberi, sondern in der Klasse unde cognati nachrücke; aber wie eine solche Auslegung schon an sich bedenklich ist, so erscheint sie als völlig unzulässig, wenn man die Stellung dieser Verordnung in den Titel unde liberi beachtet. Hierauf ist aber in unserm Falle um so größeres Gewicht zu legen, da die Absichtlichkeit der Kompilatoren gar nicht zu verkennen ist, denn nicht nur, daß diese Stelle erst durch mehrfache Interpolationen den Sinn erhalten hat, den sie jetzt hat, so stand sie auch in dem Theodosianischen Kodex unter einem ganz andren Titel, nämlich unter dem tit. *de bonis maternis*, vgl. l. 5. C. Th. de bon. mat. (8, 18). Wahrscheinlich hat also Justinian in der uns verloren gegangenen Konstitution, in welcher er die successio graduum in dem ordo unde legitimi einführte (§. 7. J. de legit. agn. succ.), auch in dem ordo unde liberi die erwähnte Neuerung eingeführt, und es erklärt sich dieses auch recht gut, da zu seiner Zeit nicht mehr blos die *liberi* im technischen Sinne des Worts, sondern überhaupt Descendenten in dieser Klasse gerufen wurden.

C) Die Reformen des spätern Zivilrechts.

1) SCtum Tertullianum et Orphitianum. §. 408.

Anm. So beträchtlich auch das alte Zivilrecht durch die bonorum possessio erweitert worden war, so blieb doch der spätern Kaiserzeit, welcher der strenge Familiennexus sich immer mehr entfrembete, insofern noch Manches zu wünschen übrig, als doch auch bei der prätorischen Erbfolge noch immer ein sehr fühlbarer Vorzug der Agnaten Statt fand. Die neuere Legislation in erbrechtlicher Beziehung charakterisirt sich demnach durch das Streben nach allmähliger Gleichstellung zwischen Agnaten und Kognaten, und zwar machten einen entscheidenden Anfang hierin das SC. Tertullianum und Orphitianum, die demnach hier zunächst berührt werden müssen.

I. Nach Zivilrecht beerbte die Mutter ihre Kinder nur, wenn sie in der Manus ihres Mannes stand, und also als consanguinea ihrer Kinder galt; nach prätorischem Rechte hatte sie zwar auch ohnedies ein Erbrecht, aber nur

erst hinter den Agnaten in der Kognatenklasse. Dies änderte sich unter Hadrian durch das SC. Tertullianum, indem dadurch die Mutter ein zivilrechtliches Erbrecht selbst vor den Agnaten des Kindes erhielt, jedoch freilich nur, wenn sie als ingenua das jus trium, als libertina das jus quatuor liberorum hatte, Paul. IV. 9, Ulp. XXVI. 8. §. 2. J. h. t. (3, 3). Selbst unter dieser Voraussetzung sollte sie jedoch nicht die nächste Erbin ihres Kindes sein, sondern das Erbrecht ex SCto wurde ausgeschlossen

1) durch die Kinder des verstorbenen Sohns, Ulp. cit. §. 3. J. h. t., l. 2. §. 6 sqq. h. t., und zwar nicht blos durch die in der Klasse unde liberi, sondern nach einem Reskript von Pius auch durch die in der Klasse unde cognati gerufenen Kinder, l. 2. §. 9. h. t. In Folge des SC. Orphit. nahmen kaiserliche Konstitutionen an, daß auch die Kinder einer verstorbenen Tochter das Erbrecht der Mutter ex SC. Tert. ausschließen sollten, l. 1. 4. C. ad SC. Orph. (6, 57), l. 11. C. de suis et leg. lib. (6, 55), l. 3. C. Th. de leg. hered. (5, 1) §. 3. J. h. t.

2) Durch den leiblichen Vater des verstorbenen Kindes und zwar nicht nur, wenn derselbe jure civili (als parens manumissor), sondern auch, wenn er durch eine bon. poss. cum re zur Succession gerufen wird, Ulp. cit., §. 3. J. h. t., l. 2. §. 15 sqq., l. 3. h. t., l. 10. de suis et leg. her. (39, 16), l. 2. C. h. t.

3) Durch einen *frater consanguineus* des Verstorbenen, während die Mutter mit sorores consanguineae so konkurrirte, daß sie die eine, die Schwestern zusammengenommen aber die andere Hälfte der Erbschaft erhalten sollten, Ulp. cit., §. 3. J. h. t, l. 7. C. h. t., Nov. 22. c. 47. §. 2. Ob übrigens die Konsanguinität auf leiblicher Verwandtschaft oder auf Adoption beruht, ist gleichgiltig, l. 7. h. t.

Natürlich stehen aber diese Personen dem Erbrecht ex SC. Tert. nur dann im Wege, wenn sie auch wirklich zur Succession kommen, und schlagen sie also aus, oder abstiniren sie, oder lassen sie sich in integrum restituiren, so werden sie nicht berücksichtigt, l. 2. §. 8. 10. 14. h. t. Noch weniger ist dies der Fall, wenn dieselben in concreto gar nicht zur Erbfolge gerufen sind, woraus dann von selbst die auffallende Erscheinung hervorgehen mußte, daß dann, wenn Jemand mit Hinterlassung einer Mutter, eines Agnaten und eines aus der Familie herausgetretenen Vaters verstarb, die Mutter zur alleinigen Erbfolge ex SCto kommt, während sie, wenn der Agnat nicht vorhanden gewesen wäre, nur vermittelst der bon. poss. unde cognati zusammen mit dem Vater zur Succession gelangt wäre, l. 2. §. 17. h. t.; und stirbt also Jemand mit Hinterlassung einer Mutter, einer soror consanguinea und eines adoptirten oder emanzipirten Vaters, so hängt es von der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft von Seiten der consanguinea ab, ob die Mutter ex SCto zusammen mit der consanguinea zur zivilistischen Erbfolge, oder ob sie in der Klasse unde cognati zusammen mit dem Vater zur prätorischen Erbfolge gerufen wird, weßhalb in solchem Falle die Delation der Erbschaft an die Mutter bis zur Entscheidung der consanguinea noch suspendirt bleiben muß, l. 2. §. 18. h. t — Eine andre höchst anomale Erscheinung bietet aber dieses Senatuskonsult noch

Bestimmtheit hervor, daß die Enkel nicht an die Stelle ihres weggefallenen Parens in die querela inoff. test. einrückten („omne adjutorium nepotem dereliquit“), und insofern giebt diese Stelle einen nicht verächtlichen Beweisgrund für unsre Meinung ab. — Wie man hiergegen schon oft die l. 5. §. 2. si tab. test. nullae extab. hat anführen mögen, ist schwer zu begreifen, da hier offenbar nicht von einer succ. graduum, sondern von dem Anwachsungsrechte in Folge des edictum de conjungendis cum emanc. liberis ejus die Rede ist, *Koch* cit.

Die bisherige Ausführung bezieht sich aber nur auf das vorjustinianische Recht, denn in der Justinianischen Kompilation findet sich meiner Ueberzeugung nach allerdings auch in der Klasse unde liberi eine succ. graduum anerkannt. Sehr entschieden spricht nämlich hierfür die l. 3. C. unde liberi. Zwar ließe sich diese Stelle möglicher Weise auch von der successio ordinum, also so verstehen, daß hier der Enkel nicht in dem ordo unde liberi, sondern in der Klasse unde cognati nachrücke; aber wie eine solche Auslegung schon an sich bedenklich ist, so erscheint sie als völlig unzulässig, wenn man die Stellung dieser Verordnung in den Titel unde liberi beachtet. Hierauf ist aber in unserm Falle um so größeres Gewicht zu legen, da die Absichtlichkeit der Kompilatoren gar nicht zu verkennen ist, denn nicht nur, daß diese Stelle erst durch mehrfache Interpolationen den Sinn erhalten hat, den sie jetzt hat, so stand sie auch in dem Theodosianischen Kodex unter einem ganz andren Titel, nämlich unter dem tit. *de bonis maternis*, vgl. l. 5. C. Th. de bon. mat. (8, 18). Wahrscheinlich hat also Justinian in der uns verloren gegangenen Konstitution, in welcher er die successio graduum in dem ordo unde legitimi einführte (§. 7. J. de legit. agn. succ.), auch in dem ordo unde liberi die erwähnte Neuerung eingeführt, und es erklärt sich dieses auch recht gut, da zu seiner Zeit nicht mehr blos die *liberi* im technischen Sinne des Worts, sondern überhaupt Deszendenten in dieser Klasse gerufen wurden.

C) Die Reformen des spätern Zivilrechts.

1) SCtum Tertullianum et Orphitianum. §. 408.

Anm. So beträchtlich auch das alte Zivilrecht durch die bonorum possessio erweitert worden war, so blieb doch der spätern Kaiserzeit, welcher der strenge Familiennexus sich immer mehr entfremdete, insofern noch Manches zu wünschen übrig, als doch auch bei der prätorischen Erbfolge noch immer ein sehr fühlbarer Vorzug der Agnaten Statt fand. Die neuere Legislation in erbrechtlicher Beziehung charakterisirt sich demnach durch das Streben nach allmähliger Gleichstellung zwischen Agnaten und Kognaten, und zwar machten einen entscheidenden Anfang hierin das SC. Tertullianum und Orphitianum, die demnach hier zunächst berührt werden müssen.

I. Nach Zivilrecht beerbte die Mutter ihre Kinder nur, wenn sie in der Manus ihres Mannes stand, und also als consanguinea ihrer Kinder galt; nach prätorischem Rechte hatte sie zwar auch ohnedies ein Erbrecht, aber nur

die wesentliche Reform Justinian's in Betreff des Erbrechts der in Adoption gegebenen Kinder vgl. unten §. 412. Anm., und über das auch erst von Justinian eingeführte Erbrecht der liberi naturales vgl. unten §. 413.

II. Das Erbrecht der Mutter ex SCto Tertull. wurde später theils eingeschränkt, theils erweitert. Konstantin nämlich verordnete, daß die Mutter, welche das jus liberorum habe, nicht blos mit der soror consanguinea, sondern auch mit dem patruus und dessen Deszendenten bis zum zweiten Grade, ohne Rücksicht auf capitis deminutio, konkurriren solle, so nämlich, daß die Mutter in solchem Falle blos ⅔ bekomme. Auf der andren Seite aber soll sie auch dann ein Erbrecht erhalten, wenn sie das jus liberorum nicht hat, und also vorher ganz ausgeschlossen war; in diesem Falle nämlich sollen der patruus, und von da an alle anderweiten Agnaten des Kindes doch nur ⅔, die Mutter aber ⅓ bekommen, l. 1. C. Th. de leg. her. (5, 1), §. 5. J. de SC. Tert. An dem Erbrecht der Kinder und der Geschwister des Verstorbenen war dadurch durchaus nichts geändert, wie noch Valens in l. 2. eod. ausdrücklich angiebt, und erst Theodos und Valentinian machten die allerdings konsequente Bestimmung, daß auch der emanzipirte Bruder des Verstorbenen, welchen vorher die Mutter ganz ausschloß, nach Analogie des patruus und dessen Kinder ⅓ erhalten sollte. Zugleich verordneten sie auch, daß die Mutter selbst dann, wenn sie das jus liberorum nicht habe, doch nur ein Drittheil an den patruus und die übrigen Agnaten abgeben sollte, l. 7. C. Th. eod. Sehr bedeutende Veränderungen in diesem Rechte machte Justinian. Die Mutter soll nicht mehr das jus liberorum nöthig haben, l. 2. C. de jure liberor. (8, 59), §. 4. J. de SC. Tert. Sie soll den patruus und alle entferntren Agnaten ganz ausschließen, und mit den Geschwistern des Verstorbenen zugleich erben, so nämlich, daß sie mit Brüdern allein, oder mit Brüdern und Schwestern zusammen, einen Kopftheil, mit Schwestern allein aber die Hälfte bekommt, l. 7. pr. C. ad SC. Tert., §. 5. J. eod., welche letztre Bestimmung jedoch in Nov. 22. c. 47. dahin geändert wird, daß sie auch mit Schwestern allein einen blosen Kopftheil erhalten soll. Ist neben den Geschwistern und der Mutter des Verstorbenen auch noch der Vater desselben vorhanden, so ändert sich das angegebene Recht dergestalt, daß, wenn das Kind als filiusfamilias verstorben ist, der Vater den ganzen Nießbrauch, aber auch nur diesen, behält, und also nur die Proprietät in der vorher bemerkten Weise an die Mutter und die Geschwister fällt, daß aber, wenn das Kind als homo sui juris verstarb, die gesammte Proprietät und ½ des Nießbrauchs an die Geschwister kommen, und Vater und Mutter nur ½ des Nießbrauchs erhalten sollen, l. 7. §. 1. C. ad SC. Tert. Ueber den Fall, wenn keine Geschwister, sondern blos Vater und Mutter des Verstorbenen vorhanden sind, ist nichts Neues bestimmt, und es bleibt also bei dem alten Rechte, wornach hier die Mutter durch den Vater ganz ausgeschlossen bleibt, l. 2. C. eod. — Alle diese Neuerungen beziehen sich auch durchaus nur auf das Erbrecht der Mutter, und in Beziehung auf die Succession der mütterlichen Aszendenten und der väterlichen Großmutter bleibt also noch immer das alte Recht, wornach dieselben nur in der Klasse unde cognati zur Erbfolge kommen.

III. Die Erbfolge der Seitenverwandten anbelangend, so berief zuerst Anastas die emanzipirten Geschwister zur Erbfolge der nicht emanzipirten, wobei

aber jene, wenn sie mit andern nicht emanzipirten, konkurrirten, nur halb so viel bekommen sollten, als diese, §. 1. J. de succ. cogn. (3, 5), Theoph. ad h. l., l. 4. C. de leg. tut. (5, 30), l. 5. C. de cur. fur. (5, 70), welche letztre Beschränkung Justinian aufhob, l. 15. §. 1. C. de leg. hered. (6, 58). Eben dieser stellte auch die uterini den consanguinei gleich, l. 15. §. 2. C. cit., zog aber beiden die vollbürtigen Geschwister vor, Nov. 84. Er stellte ferner auch die Schwesterkinder den Bruderkindern gleich, l. 14. §. 1. de leg. hered., und berief die Kinder emanzipirter Geschwister zusammen mit Kindern von nicht emanzipirten zur Erbschaft des Oheims, l. 15. §. 3. C. eod. Ueberhaupt aber verordnete er, daß kein Vorzug der Männer vor den Frauen Statt finden solle, l. 14. pr. C. de leg. hered., §. 3. J. de leg. agn. succ. (3, 2), und er hob endlich auch den Grundsatz auf, daß bei Agnatenerbfolge keine successio Platz greife, §. 7. J. de leg. agnat. succ.

IV. So lange ein Hauskind nichts Eignes haben konnte, konnte natürlich auch von einem Erbrechte in das Vermögen eines solchen nicht die Rede sein. Nach Ausbildung des Pekulienrechts mußte sich dies aber anders gestalten, und zwar war

1) in Betreff der Erbfolge in das s. g. Pekulium adventitium der Gang der Legislation folgender. Abgesehen von der, nur in gewissem Sinne hierher gehörenden, und später wieder aufgehobenen (l. 18. §. 1. C. de jure delib., l. 1. C. Th. de cret. v. bon. poss. 4, 1) Verordnung von Konstantius, daß bona materna dann, wenn das Kind vor seinem sechsten Jahre versterbe, nicht an den Vater, sondern an die mütterlichen Verwandten fallen sollten, l. 4. C. Th. de mat. bon. (8, 18), J. Gothofr. ad h. l., wurde ein eigentliches Erbrecht in. Adventitien zuerst von Theodos und Valentinian eingeführt. Diese verfügten nämlich, daß *lucra nuptialia* an die Kinder des verstorbenen Hauskinds jure hereditatis, nicht aber an den Vater jure peculii fallen sollten, während der Letztre allerdings den Geschwistern des Verstorbenen vorgehen, und ihm in jedem Falle der lebenslängliche Nießbrauch verbleiben soll, Nov. Theod. tit. XIV. de patern. s. matern. bon. §. 8. (bei *Hugo* p. 1248, bei *Haenel* p. 54), l. 3. C. de bon. quae liber. (6, 61). Noch mehr beschränkt wurde das Recht des Vaters an den lucra nuptialia durch Leo und Anthemius in l. 4. C. de bon. qu. lib., indem hiernach zuerst die Kinder, dann die vollbürtigen Geschwister, hierauf die halbbürtigen, und dann erst der Vater an die Reihe kommen sollten (eine abweichende, aber m. E. irrige Auslegung der l. 4. cit. giebt jetzt Schirmer, Handb. I. S. 178 fg. Not.); und ganz dieselbe Successionsordnung nahm Justinian in l. 11. C. comm. success. (6, 59) für die *bona materna* und *materni generis* an. Ungewiß ist hierbei, ob Justinian hierdurch seine ein Jahr vorher publizirte Verordnung, daß auch die Mutter zusammen mit den Geschwistern des verstorbenen Hauskinds erben, und den Vater ausschließen solle, l. 7. §. 1. C. ad SC. Tertull. (s. oben S. 34) habe aufheben wollen, oder ob er in l. 11. cit. nur den Fall supponirt habe, wenn keine Mutter vorhanden sei: welches Letztre gewiß schon deßhalb anzunehmen ist, weil sonst die l. 7. cit. nicht wohl ungeändert in den Koder hätte aufgenommen werden können. — Dieses so bestimmte Erbrecht in die lucra nuptialia und bona materna wurde dann später von Justinian auf alle Arten der Adventitien aus-

D) Resultate. §. 410.

Anm. Stellen wir jetzt schließlich zu leichterer Uebersicht kurz zusammen, wie sich die auf Verwandtschaft beruhende Intestaterbfolge unmittelbar vor Nov. 118. herausstellt, und übergehen wir dabei die Fälle, wenn der Verstorbene ein Hauskind oder ein Emanzipatus ist, indem hierfür die in der Anm. zum vorigen Sen unter Nro. IV. und V. gegebene Uebersicht genügen möchte, so ergeben sich folgende Ordnungen:

Erste Ordnung. Erbfolge der Deszendenten.

Ist der Verstorbene ein Mann, so werden hier zusammen zur Succession gerufen die Sui und die von dem Prätor zu den Sui Gezählten d. h. die Liberi des prätorischen Ediktes, und außerdem nach kaiserlichen Konstitutionen die Enkel von einer Tochter. Es gilt dabei allgemein successio in stirpes, und zu beachten ist nur, wenn ein emanzipirter Sohn und in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebene Enkel zusammentreffen, das edictum de conjungendis cum emancipato liberis. — Ist eine Frau verstorben, so werden hier zusammen zur Erbfolge berufen deren Söhne und Töchter (ex SC. Orphit.) und deren Enkel von verstorbenen Söhnen oder Töchtern (aus kaiserlichen Konstitutionen), und auch hierbei gilt allgemein successio in stirpes. (Wenn übrigens die Römer die Deszendenten einer Frau nicht in der ersten Ordnung, sondern erst in dem ordo der Legitimi beriefen, so erklärt sich dies daraus, weil man sich daran gewöhnt hatte, als Erbberechtigte der ersten Ordnung nur die Sui oder die unter die Sui Gezählten anzunehmen, und man einer Frau einen Suus auch nicht einmal anzudichten wagte. Dem praktischen Effekte nach gehörten jedenfalls die Deszendenten einer Frau ganz eben so gut in die erste Ordnung, wie die Deszendenten eines Mannes).

Zweite Ordnung. Erbfolge der Legitimi.

Hierher gehören folgende Personen und in folgender Ordnung:

1) Die Mutter und die vollbürtigen Geschwister, einerlei, ob dieselben noch im Agnationsnexus mit dem Verstorbenen standen, oder ob dieser durch Emanzipation zerrissen war.

2) Halbbürtige Geschwister.

3) Männliche und weibliche Agnaten des dritten Grades, und zusammen mit diesen die Söhne und Töchter von verstorbenen Geschwistern. Ob die vorverstorbenen Geschwister vollbürtige oder halbbürtige, consanguinei oder uterini waren, ist gleichgiltig, und eben so werden auch die Kinder von emanzipirten Geschwistern ganz so zur Erbfolge gerufen, wie die Kinder derer, welche aus dem Agnationsverbande nicht herausgetreten sind.

4) Männliche und weibliche Agnaten der weiteren Grade nach Gradesnähe. —

Die in diesem ordo jedesmal zusammen Berufenen succediren stets nach Köpfen, niemals nach Stämmen, und namentlich gilt dies auch von den Neffen.

Dritte Ordnung. Erbfolge der Kognaten.

Hierbei entscheiden rein die Grundsätze der *bonor. poss. unde cognati*, und es werden also sämmtliche Kognaten bis zum sechsten und resp. siebenten

Grad nach Gradesnähe, und zwar in der Art gerufen, daß mehrere dem Grade nach Gleiche immer in capita erben. —

Allgemein kommt denn auch hier eine *successio ordinum* und *successio graduum* vor, denn daß die Justinianische Kompilation namentlich auch bei der Erbfolge der Deszendenten eine succ. graduum kennt, ist oben (§. 407. Anm.) wahrscheinlich gemacht worden.

III. Die Intestaterbfolge des neuesten Justinianischen Rechts.

A.

Von der Intestatsuccession auf den Grund der Verwandtschaft.

1) Von der Successionsfähigkeit.

A) Im Allgemeinen. §. 411.

Anm. Ob nach der Novelle 118. auch derjenige zur Intestaterbfolge gelangen könne, welcher im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht konzipirt war, ist noch h. z. T. bestritten, denn wenn auch die Mehrzahl der jetzigen Juristen sich dagegen ausspricht, so vertheidigen doch auch Viele die entgegengesetzte Meinung, vgl. z. B. Griesinger, Gesch. der Suität S. 293, Glück S. 583 fg., Roßhirt S. 300 fg., und in sein. Zeitschr. V. S. 260 fgg., Löbenstern in Gieß. Zeitschr. IX. S. 215 fgg.; s. auch Seuffert's Arch. VIII. 63. So viel ist jedenfalls ausgemacht, daß nach dem Rechte vor der Novelle 118. der zur Todeszeit des Erblassers noch nicht Konzipirte zu keiner Art der Intestaterbfolge, und namentlich auch nicht zur bonorum possessio *unde cognati* zugelassen wurde, §. 8. J. de hered. qu. ab int., l. 6. pr. fin. de inj. rupt. (28, 3), l. 6. 7. 8. pr. de suis et legit. (38, 16), l. 1. §. 8. unde cognati (38, 8), l. ult. de ventre (37, 9), und hiervon kommt auch keine Ausnahme in l. 47. §. 3. de bon. libert. (38, 2) vor, denn wenn hier Paulus dem Enkel, welcher nach dem Tode des Großvaters, jedoch vor dem Tode des großväterlichen Liberten, konzipirt ist, Erbrecht in das Vermögen dieses Freigelassenen zuspricht, so versteht sich dies darum von selbst, weil die Deszendenten des Patrons nicht etwa als Erben ihres Parens, sondern in der vom Gesetz angenommenen Eigenschaft als Agnaten des Freigelassenen, zur Succession des Letztren kommen. Hält man nun fest, daß die zur Todeszeit des Erblassers noch nicht Konzipirten nicht einmal zur bon. poss. unde cognati zugelassen werden, weil sie im juristischen Sinne gar nicht als Kognaten des Verstorbenen angesehen werden durften, §. 8. J. cit., l. 8. pr. de suis et leg. her., und erwägt man ferner, daß Justinian in Nov. 118. offenbar keine neuen Begriffe von Kognation schaffen, sondern nur den bis dahin noch

geltenden Vorzug des Agnationsverhältnisses vor dem Kognationsnexus aufheben, und eine neue Succeſſions-Ordnung einführen wollte; ſo drängt ſich uns von ſelbſt das Reſultat auf, daß die oben aufgeworfene Frage auch noch nach Nov. 118. eben ſo zu verneinen iſt, wie nach früherem Rechte. Wenn dennoch Grieſinger a. a. O. Not. f. die entgegengeſetzte Meinung aus dem „einzigen und hauptſächlichen Grunde“ vertheidigt, weil „Juſtinian die Inteſtaterbſchaften nicht nach dem Prinzip der väterlichen Gewalt, ſondern der Kognation und Blutsverwandtſchaft angeordnet hat“; ſo iſt dieſe an ſich richtige Bemerkung nach dem vorher Geſagten ſo augenſcheinlich irrelevant, daß es mir faſt unbegreiflich iſt, wie doch Glück und Roßhirt citt. dieſe Argumentation adoptiren konnten. Etwas ſcheinbarer iſt jedenfalls die Deduktion von Löbenſtern cit. Dieſer geht nämlich davon aus, daß Juſtinian bei ſeiner neuen Erbfolge nicht ſowohl auf den alten Kognationsbegriff gefußt, als vielmehr dieſelbe nur auf das Deſzendenten-, Aſzendenten- und Kollateralen-Verhältniß baſirt habe. Da nun ein nach dem Tode ſeines Großvaters konzipirter Enkel jedenfalls Deſzendent ſeines Großvaters ſei, wenn er auch nicht als eigentlicher Kognat deſſelben im altjuriſtiſchen Sinne angeſehen werden dürfe, ſo müſſe man ihn auch zur Inteſtatſucceſſion nach Nov. 118. zulaſſen. Freilich aber iſt Löbenſtern den Beweis der Negative, welche die Grundlage ſeiner ganzen Argumentation bildet, daß nämlich Juſtinian den bis dahin geltenden Begriff von Kognation unbeachtet gelaſſen habe, ſchuldig geblieben, und er möchte ihn auch wohl ſchwerlich noch zu erbringen im Stande ſein, da der Kaiſer namentlich in der praef. und in cap. 4. ſo beſtimmt wie möglich ſeinen Willen ausſpricht, neue Normen über die Kognaten-Succeſſion aufzuſtellen, insbeſondere den bis dahin geltenden Unterſchied zwiſchen Kognaten und Agnaten aufzuheben. — Gewiß mit Recht haben ſich auch die meiſten Neueren dafür ausgeſprochen, daß ein zur Todeszeit des Erblaſſers noch nicht Konzipirter, eben ſo wie er von der teſtamentariſchen Succeſſion ausgeſchloſſen iſt (vgl. §. 429. Anm. 3), auch nicht zur Inteſtaterbfolge zugelaſſen ſei, vgl. z. B. außer der Mehrzahl der Lehr- und Handbücher, Thibaut §. 856. (9. Aufl. §. 874), Schweppe §. 827, Mühlenbruch §. 619, v. Wening §. 433, Puchta §. 450, Göſchen §. 908, Sintenis §. 162, Arndts §. 471, Brinz §. 190. S. 805 fg., Keller §. 465, auch noch *Koch*, succ. ab int. §. 11, Thibaut, civ. Abh. S. 115, Mayer, das Recht der Anwachſung S. 234 fgg., Mühlenbruch, Komm. XXXIX. S. 406 fgg., Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 2 fgg., Heumann in der Gießer Zeitſchrift XIX. S. 201, Arndts in Weiſke's Rechtslex. V. S. 680, Vering S. 646, Schirmer I. S. 190 fg. Not., Dewes, Syſt. S. 54 fgg., Köppen, Syſt. S. 292. Anm. 4. S. 308. Anm. 38. u. A. m.

B) Insbeſondere.

1) Von dem Erbrecht der Arrogirten und in Adoption Gegebenen. §. 412.

Anm. — I. Nach Pandektenrecht hatte bekanntlich jeder in adoptionem

datus oder arrogatus, so lang er in der Adoptivfamilie blieb, volles Intestaterbrecht in das Vermögen des pater adoptans und dessen Agnaten, so wie umgekehrt auch diesen ein Erbrecht in sein Vermögen zustand. Das Verhältniß zur leiblichen Familie aber war so, daß zwar das Erbverhältniß zwischen dem adoptatus und der leiblichen Mutter sich gar nicht veränderte, während derselbe in das Vermögen des leiblichen Vaters und der anderweiten früheren Agnaten nur in der Klasse unde cognati succedirte. Doch litt das Letztre dann eine Ausnahme, wenn der Adoptirte durch die Adoption gar nicht eigentlich in eine fremde Familie kam, d. h. wenn er von einem väterlichen Ascendenten adoptirt wurde, in welchem Falle er ausnahmsweise zur Erbschaft auch seines leiblichen Vaters oder Großvaters in der Klasse unde liberi gerufen wurde, l. 3. §. 7. 8, l. 21. §. 1. de bon. poss. c. t. (37, 4), so wie auch umgekehrt dann, wenn Jemand seinen Sohn emanzipirte, und sich dann arrogiren ließ, dem Sohne dadurch die Succession in der Klasse unde liberi nicht verloren ging, l. 3. §. 9, l. 14. §. 1, l. 17. eod. — Ist der adoptatus aus dem Adoptivbande wieder herausgetreten, so löſ't sich damit von selbst alles auf Verwandtschaft beruhende Erbverhältniß zwischen ihm und der Adoptivfamilie auf, wogegen er zu seinem leiblichen Vater ganz in das Verhältniß tritt, als wäre er von diesem emanzipirt worden, und also nun allerdings in der Klasse unde liberi zur Succession kommt.

II. Da es hiernach leicht vorkommen konnte, daß der in adoptionem datus alles Erbrechts sowohl im Verhältniß zum leiblichen, als zum Adoptivvater beraubt wurde, wenn ihn nämlich der Letztre nach dem Tode des Ersteren emanzipirte, so wurde Justinian hierdurch zur Einführung des früher schon besprochenen Unterschieds zwischen adoptio plena und minus plena bewogen (vgl. Bd. I. §. 250. Anm.). Hierbei ist es nun

1) ganz unbestritten, wie es sich in den Fällen der adoptio *minus plena* verhält. Das Erbrecht in der leiblichen Familie bleibt nämlich völlig unverändert, so wie wenn gar keine Adoption erfolgt wäre. In der Adoptivfamilie dagegen erwirbt der Adoptirte nur ein Intestaterbrecht als suus heres in das Vermögen des pater adoptans, nicht auch der Agnaten desselben, und dieses beschränkte Erbrecht ist nicht einmal gegenseitig, indem der Vater nicht auch in das Vermögen des Kindes succediren soll.

2) Was die adoptio *plena* anbelangt, so ist zwar so viel gewiß, daß im Verhältniß zur Adoptivfamilie und zu der leiblichen Mutter volles gegenseitiges Erbrecht Statt findet; aber bestritten ist es, wie sich nach l. 10. cit. das Verhältniß des in adoptionem datus zu dem leiblichen Vater gestalte. Während nämlich die communis opinio dahin geht, daß jetzt in dieser Beziehung bei der adoptio plena ganz das eintrete, was früher bei jeder adoptio Platz gegriffen habe, so daß also die oben gegebene Darstellung des Pandektenrechts noch ganz für die adoptio plena anwendbar sei, nehmen Andre umgekehrt an, daß das in Adoption gegebene Kind, so lange es in der Adoptivfamilie bleibe, von aller und jeder Succession in das Vermögen des leiblichen Vaters ausgeschlossen sei, vgl. Mühlenbruch XXXV. S. 169 fgg., und wieder Andre behaupten: der in eine plena adoptio Gegebene beerbe zwar seinen leiblichen

Vater auch nach l. 10. C. cit. noch immer in der Klasse unde cognati, aber in keinem Falle mehr in der Klasse unde liberi, vgl. Büchel, Streitfragen S. 41 fgg., *Schoenberg*, de adoptione. Berol. 1860. p. 88 sqq. Ich trage kein Bedenken mich der herrschenden Lehre anzuschließen, wofür zunächst schon unzweifelhaft die der ganzen l. 10. cit. zu Grunde liegende Idee spricht, indem dadurch schlechthin nur drohender Nachtheil von dem in Adoption Gegebenen entfernt, der Adoptatus aber in keinem Falle in eine schlechtre Stellung versetzt werden sollte. Dazu kommt, daß der Kaiser mehrfach sehr bestimmt seine Absicht erklärt, in der l. 10. cit. blos für die an einen Extraneus geschehene Adoption neue Normen geben zu wollen, l. 10. cit. §. 1. („ne articulum adoptionis *in extraneum* factae sine lege relinquamus"), §. 2. J. de adopt. (1, 11), ja daß er ausdrücklich ausspricht, bei der an einen Aszendenten geschehenen Adoption sei Alles beim Alten geblieben, §. 14. J. de heredit. quae ab int. („— — *pristina jura tali adoptioni servavimus*"). Endlich ist noch entscheidend, daß in die Pandekten viele Stellen aufgenommen sind, in denen das Erbrecht des Adoptatus in der leiblichen Familie anerkannt wird, und zwar nicht blos in der Klasse unde cognati (l. 1. §. 4. unde cognati, §. 3. J. de succ. cognat. u. A. m.), sondern auch für den oben bemerkten Fall, wenn die Adoption von einem väterlichen Aszendenten geschieht, in der Klasse unde liberi (l. 3. §. 7. 8, l. 21. §. 1. de bon. poss. c. tab.); da aber die l. 10. C. cit. schon im J. 530 erlassen ist, so hätten derartige Stellen unmöglich rezipirt werden dürfen, wenn Justinian bei der plena adoptio das Erbrecht in der leiblichen Familie aufgehoben oder anders bestimmt hätte. Hält man die hier angedeuteten Momente fest, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß der Passus in der l. 10. cit., welcher die Erbverhältnisse bei der plena adoptio bespricht (l. 10. cit. pr. verb.: si vero pater naturalis avo materno rel.), nicht dazu bestimmt ist, eine Neuerung in dieser Rücksicht einzuführen, sondern blos und allein dazu dienen soll, die für diesen Fall in voller Geltung gebliebene Regel des früheren Rechts in gegensätzliche Vergleichung zu bringen mit der Neuerung, die unmittelbar vorher für den Fall der minus plena adoptio angeordnet ist, so daß also Justinian nur sagen will: wenn die Adoption von einem Extraneus geschieht, so wird das Verhältniß zum leiblichen Vater in keiner Beziehung verändert, geschieht aber die Adoption von einem leiblichen Aszendenten, so wird nach wie vor das Band zwischen dem Adoptatus und dem leiblichen Vater zerrissen, und ein neues mit dem Adoptivvater angeknüpft. Daran, daß die Ausnahmen, welche das frühere Recht von dieser Regel annahm (bon. poss. unde cognati, und in einem Fall sogar unde liberi) aufgehoben sein sollten, ist hiernach gar nicht zu denken, und zwar um so weniger, da augenscheinlich wenigstens die eine dieser Ausnahmen bei Abfassung der l. 10. cit. gar nicht im Gedächtniß des Kaisers war. — Wenn endlich noch Mühlenbruch cit. aus l. 10. §. 1. verb.: neque enim ex vetere jure rel. ableiten will, daß für die plena adoptio die Succession in der Klasse unde cognati weggefallen sei, weil in jenen Worten in praeterito davon gesprochen werde, so verschwindet dieses Argument völlig, wenn man jene Worte in ihrem ganzen Zusammenhang auffaßt. Justinian verordnet hier nämlich, daß der minus plene adoptatus, obwohl er Erbrecht in der leiblichen

Grad nach Gradesnähe, und zwar in der Art gerufen, daß mehrere dem Grade nach Gleiche immer in capita erben. —

Allgemein kommt denn auch hier eine *successio ordinum* und *successio graduum* vor, denn daß die Justinianische Kompilation namentlich auch bei der Erbfolge der Descendenten eine succ. graduum kennt, ist oben (§. 407. Anm.) wahrscheinlich gemacht worden.

III. Die Intestaterbfolge des neuesten Justinianischen Rechts.

A.

Von der Intestatsuccession auf den Grund der Verwandtschaft.

1) Von der Successionsfähigkeit.

A) Im Allgemeinen. §. 411.

Anm. Ob nach der Novelle 118. auch derjenige zur Intestaterbfolge gelangen könne, welcher im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht konzipirt war, ist noch h. z. T. bestritten, denn wenn auch die Mehrzahl der jetzigen Juristen sich dagegen ausspricht, so vertheidigen doch auch Viele die entgegengesetzte Meinung, vgl. z. B. Griesinger, Gesch. der Suität S. 293, Glück S. 583 fg., Roßhirt S. 300 fg., und in sein. Zeitschr. V. S. 260 fgg., Löbenstern in Gieß. Zeitschr. IX. S. 215 fgg.; s. auch Seuffert's Arch. VIII. 63. So viel ist jedenfalls ausgemacht, daß nach dem Rechte vor der Novelle 118. der zur Todeszeit des Erblassers noch nicht Konzipirte zu keiner Art der Intestaterbfolge, und namentlich auch nicht zur bonorum possessio *unde cognati* zugelassen wurde, §. 8. J. de hered. qu. ab int., l. 6. pr. fin. de inj. rupt. (28, 3), l. 6. 7. 8. pr. de suis et legit. (38, 16), l. 1. §. 8. unde cognati (38, 8), l. ult. de ventre (37, 9), und hiervon kommt auch keine Ausnahme in l. 47. §. 3. de bon. libert. (38, 2) vor, denn wenn hier Paulus dem Enkel, welcher nach dem Tode des Großvaters, jedoch vor dem Tode des großväterlichen Liberten, konzipirt ist, Erbrecht in das Vermögen dieses Freigelassenen zuspricht, so versteht sich dies darum von selbst, weil die Descendenten des Patrons nicht etwa als Erben ihres Parens, sondern in der vom Gesetz angenommenen Eigenschaft als Agnaten des Freigelassenen, zur Succession des Letztren kommen. Hält man nun fest, daß die zur Todeszeit des Erblassers noch nicht Konzipirten nicht einmal zur bon. poss. unde cognati zugelassen werden, weil sie im juristischen Sinne gar nicht als Kognaten des Verstorbenen angesehen werden durften, §. 8. J. cit., l. 8. pr. de suis et leg. her., und erwägt man ferner, daß Justinian in Nov. 118. offenbar keine neuen Begriffe von Kognation schaffen, sondern nur den bis dahin noch

und Deszendenten. Zu den erstren gehörte der in adoptionem datus freilich nicht, indem dahin nur wirkliche oder vom Prätor fingirte sui gehörten, aber ganz gewiß zu den letztren; und in welcher andren Qualität hätte ihn auch wohl das Edikt in der Klasse unde cognati zur Erbfolge rufen können? doch wohl nicht als Seitenverwandten seines leiblichen Vaters? vgl. auch l. 4. §. 1. quis ordo in poss. (38, 15), l. 2. §. 9. ad SC. Tert. (38, 17) und Mayer, Erbr. I. S. 197. Not. 6.

2) Durch diese letzten Bemerkungen erledigt sich auch größten Theils das Argument, auf welches besonders Mühlenbruch vieles Gewicht legt. Es habe nämlich der Prätor, obwohl er auch blos kognatischen Deszendenten Kindeserbrechte so gut zugestanden, als den suis, dies ausnahmsweise in Betreff der in Adoption Gegebenen nicht gethan, weil diese schon Kindeserbrecht in einer fremden Familie hätten, und Niemand zugleich zwei Väter haben könne. Nach dem bekannten Prinzip, daß eine neue Regel die Ausnahmen der früheren nicht aufhebe, müsse man nun auch jene Ausnahmsbestimmung des früheren Rechts noch neben der neuen Regel der Nov. 118. bestehen lassen, und zwar um so mehr, da auch die vorher angedeuteten Gründe jener Ausnahme noch fortbeständen. — Wenn man auch zugeben muß, daß diese Gründe und namentlich der erste den Prätor dazu bestimmten, die Fiktion der Suität nicht auch auf die in Adoption gegebenen Kinder zu erstrecken, so hinderte ihn dies doch keineswegs, dieselben als kognatische Deszendenten anzuerkennen, wie eben daraus hervorgeht, daß er sie in der Klasse unde cognati zur Succession berief, und da nun Justinian alle diejenigen in der ersten Klasse zur Erbfolge beruft, die als Deszendenten des Verstorbenen, einerlei ob als agnatische oder kognatische, anerkannt sind, so ist kein Grund ersichtlich, die in Adoption gegebenen Kinder hiervon auszuschließen.

3) Treffender ist jeden Falls der Einwand, bei der hier vertheidigten Meinung sei es sehr auffallend, daß Justinian hiernach stillschweigend das Verhältniß der plene und minus plene adoptati geradezu umgekehrt habe. Während nämlich der einzige Zweck der l. 10. C. cit. gewesen sei, eine bessere Stellung der minus plene adoptati herbeizuführen, so seien dieselben dieser Meinung nach in eine vielfach schlechtere Lage gekommen, als die plene Adoptirten. — Dies ist gewiß richtig, und ein bedächtigerer Gesetzgeber als Justinian würde hierauf unzweifelhaft Rücksicht genommen, und sich wohl veranlaßt gesehen haben, den ganzen Unterschied zwischen plena und minus plena adoptio wieder aufzuheben; aber sind denn dergleichen Inkonsequenzen in den Verordnungen Justinian's so selten, daß wir schon blos deßhalb die Existenz einer neuen Bestimmung in Zweifel ziehen dürften, weil dieselbe mit anderweiten geltenden Rechtssätzen nicht wohl zusammen paßt?

4) Endlich ist doch auch nicht zu verkennen, daß es mit dem milden Geiste der Nov. 118. sehr schlecht zusammen stimmt, Blutsverwandte, die schon in dem prätorischen Systeme geeignete Berücksichtigung gefunden, von dem neuesten Intestaterbrechte ganz auszuschließen. Zwar leugnet dies Löhr, indem er das in Adoption gegebene Kind wenigstens noch in der vierten Klasse zur Erbfolge kommen läßt; aber dagegen ist schon mehrfach erinnert worden, daß dies ganz

unmöglich sei, weil Justinian in dieser Klasse nicht etwa alle übrigen Verwandten, die in keiner der früheren Klassen kommen, sondern schlechthin nur Seitenverwandte ruft. Deßhalb nimmt auch Mühlenbruch wirklich an, das in Adoption gegebene Kind sei von aller Intestaterbfolge in das Vermögen des leiblichen Vaters ausgeschlossen. Wie wenig dies aber dadurch gerechtfertigt werden könne, daß ja dasselbe schon nach l. 10. C. cit. der Fall gewesen sei, ist schon vorher bemerkt worden (s. S. 41 fgg.).

Vgl. auch Lehr in Hagem. und Günther, Arch. für die Rechtsgel. V. 9; Rez. in Heidelb. Jahrb. 1819. S. 768 fgg.; Thibaut, ziv. Abh. S. 115 fgg., Glück, Intestaterbf. §. 158. 159, Schmitt, die Lehre von der Adoption §. 58, Roßhirt, Erbr. S. 159 fgg. S. 296 fgg., Büchel, Streitfragen S. 18 fgg., bes. S. 51 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 61. Not. 8, §. 67. und §. 82. Not. 6, Arndts in Weiske's Rechtslex. V. S. 686 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. S. 118 fgg. Not. 55, Vering S. 649, *Schoenberg* cit. p. 103 sqq., Schirmer I. §. 11, bes. S. 205 fgg., — *Koch*, succ. ab int. §. 40, Thibaut, Syst. §. 857. (9. Aufl. §. 875), Schweppe, Handb. V. §. 827, Wening, Lehrb. §. 433, Mackeldey, Lehrb. §. 616, Göschen §. 918, Arndts §. 475, Keller §. 466, Tewes, System §. 11.

Aus den bisherigen Erörterungen ergiebt sich von selbst, wie es sich umgekehrt mit dem Erbrechte der leiblichen Eltern und des Adoptivvaters in das Vermögen des Adoptivkindes verhalte. Offenbar nämlich darf man hier weder mit Löhr a. a. O. den Adoptivvater für ganz ausgeschlossen durch den leiblichen Vater annehmen, noch auch umgekehrt mit Mühlenbruch, Komm. XXXV. S. 225 fgg. den leiblichen Vater ganz ausschließen, und nur eine Konkurrenz der leiblichen Mutter und des Adoptivvaters statuiren, sondern man muß jeden Falls eine Konkurrenz der beiden leiblichen Eltern und des Adoptivvaters zulassen, vgl. auch Glück, Intestaterbf. §. 166, Schmitt, die Lehre von der Adoption §. 60, Roßhirt, Erbr. S. 320 fgg., Francke, das Recht der Notherben S. 118 fgg., Büchel, Streitfr. S. 64 fgg., Mayer, Erbr. §. 82. Not. 7. — Endlich ist hiernach auch von selbst klar, wie es sich mit dem Erbrecht der Geschwister verhalte. Die leiblichen Geschwister beerben nämlich den adoptatus gerade so, wie wenn keine Adoption erfolgt wäre, also in der zweiten und resp. in der dritten Klasse, und die durch die Adoption gewonnenen Geschwister succediren als consanguinei in der dritten Klasse in Konkurrenz mit leiblichen consanguinei oder uterini, und ganz dasselbe muß auch von dem Erbrecht des adoptatus in das Vermögen der leiblichen oder Adoptivgeschwister angenommen werden. Wenn dagegen Löhr a. a. O. S. 398. annimmt, der plene adoptatus beerbe seine leiblichen Geschwister, wenn sie vor der Adoption vollbürtige gewesen seien, in der dritten, seien sie aber blos consanguinei gewesen, in der vierten Klasse, so bedarf dies nach dem Bisherigen keiner besondren Widerlegung.

2) Von dem Erbrecht der unehelich Geborenen. §. 413.

Anm. 1. In Nov. 18. c. 5. und Nov. 89. c. 12. verordnet Justinian, liberi naturales des ersten Grades sollten dann, wenn der Vater weder eine

legitime Ehefrau, noch eheliche Kinder hinterlasse, zusammen mit ihrer Mutter ⅙ aus der Nachlassenschaft desselben erhalten, wobei jedoch noch besonders vorausgesetzt wird, daß der Mann nur eine in wirklicher Hausgemeinschaft mit ihm lebende Konkubine hatte, und die Kinder in seinem Hause erzogen wurden. Seien aber legitime Kinder oder eine Ehefrau vorhanden, so sollten Konkubinenkinder aus dem Nachlaß ihres Vaters nur die Alimente empfangen. Uebrigens solle in denselben Fällen, in denen die Kinder ihren Vater beerbten, auch dem Vater ein gleiches Erbrecht auf ⅙ zustehen. — Ob diese Grundsätze noch h. z. T. anwendbar seien, ist bestritten. Ich glaube, diese Frage der Theorie nach schlechthin verneinen zu müssen, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil bei uns Konkubinen und Konkubinenkinder im röm. Sinne des Wortes gar nicht mehr vorkommen können, seitdem durch das kanonische Recht und durch Reichsgesetze der Konkubinat verboten und verpönt ist, und wir denselben also nur noch als fortgesetztes Stuprum ansehen dürfen. Die theoretischen Gründe, die man hiergegen vorzubringen pflegt, sind augenscheinlich hinfällig. Wenn man nämlich anführt, die Justinianische Verordnung sei blos durch Billigkeitsrücksichten hervorgerufen, indem nämlich bei dem Konkubinat anders, wie bei den übrigen außerehelichen Geschlechtsverbindungen, Gewißheit der Vaterschaft vorhanden sei, so übersieht man, daß die, in gewisser Weise bei dem Konkubinat allerdings vorhandene juristische Gewißheit der Vaterschaft nur erst aus der Erlaubtheit desselben hervorgeht, indem in andren Fällen, wo faktisch dieselbe Gewißheit Statt findet, z. B. bei nichtiger Ehe, die Kinder doch als spurii angesehen werden, und daß ferner auch jene von Justinian allerdings hervorgehobene humanitas gerade nur deßhalb vorhanden ist, weil der Konkubinat ein gesetzlich gestattetes Geschlechtsverhältniß war. Wenn man aber außerdem noch vorbringt, daß das im neueren Rechte begründete Verbot des Konkubinats nur die Eltern selbst, nicht aber auch das Successionsrecht der Kinder betreffe, und zwar um so weniger, da ja die Regel: cessante ratione legis cessat lex ipsa falsch sei, so ist die letztre Bemerkung zwar an sich richtig, aber hier ganz irrelevant, indem die Unanwendbarkeit der römischrechtlichen Bestimmungen nicht wegen wegfallenden Grundes, sondern wegen nicht mehr Vorhandenseins des Gegenstandes zu behaupten ist, vgl. auch Mayer, das Intestaterbr. der liberi naturales nach d. heut. röm. R. Tüb. 1838. S. 29 fgg. Deßungeachtet aber hat sich von der Glosse an eine ziemlich verbreitete Praxis dafür ausgesprochen, daß auch noch h. z. T. von den römischen Grundsätzen Gebrauch zu machen sei, und in manchen Ländern ist sogar noch die Ausdehnung auf anderweite uneheliche Kinder, wenigstens wenn der Vater dieselben anerkannt hatte, hinzugekommen, vgl. die sorgfältigen Nachweisungen bei Mayer a. a. O. S. 43 fgg., und s. auch Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. I. Nr. 87. 88, VIII. 67. und Sintenis, pr. Zivilrecht III. §. 165. Not. 1, Schirmer I. S. 220 fgg., aber auf der andren Seite auch Seuffert's Arch. VI. 223, VII. 302, XII. 343.

Anm. 2. Im Verhältniß zur Mutter und zu den mütterlichen Verwandten sind uneheliche Kinder jeder Art den ehelichen ganz gleichgestellt, und nur im Betreff der mater illustris kam eine, für uns natürlich unpraktische, Ausnahme vor, l. 5. C. ad SC. Orphit. (6, 57). Außerdem statuiren unsere

Familie habe, doch auch den Adoptivvater als suus heres beerben solle, und gegen dieses zwiefache Erbrecht lasse sich auch gar nichts einwenden, „da ja auch schon nach früherem Rechte der Adoptatus ein doppeltes Erbrecht, sowohl in der leiblichen, als in der Adoptivfamilie hatte". Daß dieses frühere Recht für die adoptio plena aufgehoben sei, wird mit keinem Worte angedeutet. — Als Resultat dieser Erörterung stellt sich also der Satz heraus, daß der plene adoptatus auch noch nach der l. 10. cit. seinen leiblichen Vater in der Klasse unde cognati, und, sofern er von einem väterlichen Aszendenten adoptirt wird, sogar in der Klasse unde liberi beerbt.

III. Was endlich noch den Einfluß der Novelle 118. auf den bisher geschilderten Rechtszustand anbelangt, so ist zunächst soviel ganz unzweifelhaft, daß die Erbverhältnisse des minus plene adoptatus dadurch gar nicht berührt werden, und daß eben so wenig die Succession des plene adoptatus in der Adoptivfamilie und in das Vermögen der leiblichen Mutter dadurch verändert ist. Sehr bestritten aber ist es, wie sich nach jener Novelle das Successionsrecht des plene adoptatus in das Vermögen des leiblichen Vaters gestaltet habe? Die herrschende Lehre geht dahin, daß h. z. T. auch der plene adoptatus vollkommenes Erbrecht in der leiblichen Familie habe, und also seinen leiblichen Vater eben so gut, wie andre Deszendenten in der ersten Klasse beerbe. Dagegen behauptet v. Löhr in seinem Magaz. III. 11, dem auch Puchta, Lehrb. §. 454. und Vorles. ad h. I. beistimmt, der arrogatus und plene adoptatus beerbe seinen leiblichen Vater nur in der vierten Klasse, und noch weiter geht Mühlenbruch, Komm. XXXV. S. 173 fgg. und Lehrb. §. 633. Not. 4, der demselben sogar alles Erbrecht in das Vermögen des leiblichen Vaters abspricht, vgl. auch Hunger, röm. Erbr. S. 407 fgg., Beckhaus, Erbr. §. 23. Auch in dieser Beziehung muß ich die communis opinio für die richtige halten, und zwar kommt es dabei auf folgende Hauptpunkte an:

1) Nach dem früheren Rechte gehörte der in Adoption Gegebene zwar nicht zu den *liberi* seines leiblichen Vaters, wohl aber zu den kognatischen Deszendenten, und succedirte als solcher in der Klasse unde cognati. Nun verordnete aber Justinian sehr bestimmt, daß sämmtliche agnatische und kognatische Deszendenten zusammen in der ersten Klasse erben, und kein Vorzug der Agnaten vor den Kognaten mehr Statt finden solle, Nov. 118. c. 1. 4, womit von selbst ausgesprochen ist, daß auch der in adoptionem datus zusammen mit den übrigen Deszendenten succediren soll, worauf auch überdies noch speziell in cap. 4. hingewiesen zu sein scheint: „— — in omnibus successionibus agnatorum et cognatorum differentiam cessare volumus, sive propter femininam personam, sive propter emancipationem, *vel alium quemlibet modum* in prioribus legibus tractata fuerit". — Wenn Löhr umgekehrt annimmt, daraus, daß die in adoptionem dati nicht in der Klasse unde liberi succedirt hätten, gehe hervor, daß man sie gar nicht als Deszendenten ihres leiblichen Vaters angesehen habe, und eben deßhalb könnten sie auch nicht nach Nov. 118. in der ersten Klasse erben, indem durch dieses Gesetz nicht neue Verwandtschaftsbegriffe aufgestellt, sondern vielmehr nur die Successionsordnung bestimmt werde: so beruht dies auf einer augenscheinlichen Verwechslung der Begriffe *liberi*

S. auch Strippelmann, neue Samml. v. Entsch. d. O. A. G. zu Cassel. Bd. I. S. 290 fgg., Seuffert's Arch. V. 200, VIII. 65. 66, XII. 344, XV. 143. — Ueber das Erbrecht des Vaters in das Vermögen des Brautkinds s. Zimmermann im civ. Arch. XXXVIII. S. 194 fgg. Seuffert's Arch. VIII. 66. IX. 189.

II. Von der Successionsordnung.

A) Im Allgemeinen. §. 414.

Anm. 1. Die Successionsordnung der Novelle 118. hat ein unbekannter Verfasser in folgende Memorial-Verse gebracht:

> Descendens omnis succedit in ordine primo;
> Ascendens propior, germanus, filius ejus;
> Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus;
> Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Zwischen dem dritten und vierten Vers findet man bisweilen auch noch eingeschaltet:

> Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
> Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola.

Anm. 2. Bei dem Erbrecht der Enkel und der Neffen, bisweilen auch bei dem der Ascendenten, pflegte man früher ganz allgemein von dem s. g. Repräsentationsrechte zu reden, und auch noch h. z. T. ist dieser Begriff sehr gewöhnlich, obwohl freilich im Einzelnen sehr verschiedene Ansichten aufgestellt werden, vgl. darüber Glück, Intestaterbf. §. 23 fgg., *Normann*, de jure repraesentationis. Hafn. 1828. §. 2. 16, Büchel, Streitfragen S. 217 fgg. Hier sind nur folgende beiden Hauptansichten in's Auge zu fassen. Nach der gewöhnlichen Lehre nämlich wird nur ein Repräs. Recht angenommen, welches gleichmäßig bei Enkeln und bei Neffen eintritt, und dessen Grundbedeutung dann darin bestehen soll, daß diese Personen nicht jure proprio, sondern jure praedefuncti parentis ein Intestaterbrecht in das Vermögen des Erblassers hätten. Außer manchen andren Folgen, die man hieraus ableitete, namentlich in Betreff des Pflichttheils und der Kollations-Verbindlichkeit, folgerte man vorzüglich daraus, daß von einem Erbrechte solcher Personen nur dann die Rede sein könne, wenn auch ihr Parens hätte erben können, und wenn sie überdies selbst Erben dieses Parens geworden seien, denn nur unter dieser Voraussetzung könnten ja die Rechte desselben auf sie übergehen. In neuerer Zeit aber haben Manche (vgl. bes. Glück a. a. O.) zwischen einem Repräs.-Recht zur Erbfolge und einem Repräs.-Recht zur Erbtheilung unterscheiden wollen. Das letztre trete bei Enkeln und bei Neffen ein, und eine Folge davon sei, daß dieselben alle Verbindlichkeiten übernehmen müßten, welche der Repräsentirte gehabt hätte, wenn er nicht vorher gestorben wäre, und so müßten sie also z. B. die Schulden ihres Parens an den Erblasser sich bei der Erbtheilung einrechnen lassen. Das Zweite aber, das Repräs.-Recht zur Erbfolge, trete nur bei Neffen, nicht auch bei Enkeln,

ein, indem nur die Erstren, nicht auch die Letztren, jure praedefuncti parentis Erben würden, und bei ihnen, aber auch nur bei ihnen, müßten demnach die oben angedeuteten Sätze Platz greifen, daß ihr Parens erbfähig sein und sie selbst diesen vorverstorbenen Aszendenten beerbt haben müßten.

Bei genauerer Betrachtung kann man jedoch nicht umhin, das ganze s. g. Repräsentations-Recht als durchaus ungegründet und unhaltbar zu verwerfen. Man bemerke:

1) Konsequent fortgeführt zerstört sich dasselbe in sich selbst. Wenn nämlich Enkel und Neffen nur insofern Erben werden sollen, als das Recht ihres verstorbenen Parens auf sie übergehe, so können sie offenbar nie Erben werden, denn ihr Parens, welcher vor dem Erblasser starb, hat ja noch gar kein Erbrecht, quia vivi hereditas non datur. Hätte er aber auch ein Erbrecht gehabt, so ist es doch ein bekannter Grundsatz des römischen Rechtes, daß Erbrechte nicht wieder vererbt werden; und wollte man selbst Vererblichkeit eines an sich schon unvererblichen, und hier überdies noch gar nicht existirenden Rechts zugeben, so würde doch gar kein Grund ersichtbar sein, weßhalb blos Deszendenten, und nicht auch beliebige andre Erben des Verstorbenen Anspruch auf diese Vererbung haben sollten.

2) Ihren einzigen Grund hat die Annahme eines Repr.-R. in den Ausdrücken des römischen Rechts, es sollten Enkel und Neffen in locum oder in jura parentis succedere, Nov. 118. c. 1. 3, Nov. 127. Es werden aber diese Ausdrücke von Justinian selbst durchaus nur auf die Erbtheilung bezogen, so daß damit nichts als die succ. in stirpes bezeichnet werden soll, vgl. Nov. 118. c. 1:

> „sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere — — — tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, *quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.* In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus — —“.

Es sollen nämlich Enkel und Neffen, gleichsam als gesetzliche Substituten des verstorbenen Parens, soviel erhalten, als dieser Parens erhalten haben würde, und sie sollen insofern den Platz einnehmen, den ihr Aszendent eingenommen haben würde, wenn er noch lebte. Als man aber einmal für dieses so einfache Verhältniß den Namen Repräsentationsrecht erfunden, und daran den Begriff geknüpft hatte, daß Enkel und Neffen nicht jure proprio, sondern nur jure praedefuncti parentis succedirten, so folgerte man nun aus diesem Namen, und dem ganz willkührlich damit verknüpften Begriffe, Sätze, die den Gesetzen völlig fremd sind.

3) Verwerflicher noch als die alte Meinung ist die Unterscheidung von Glück, indem zu den gerügten Ungereimtheiten noch eine auffallende Inkonsequenz hinzukommt. Denn offenbar wendet Justinian in Nov. 118. c. 3. nur gerade das, was bisher blos von Enkeln galt, auch auf Neffen an, und er gebraucht dabei auch fast wörtlich dieselben Ausdrücke, die er in cap. 1. von den

Enkeln gebraucht hatte. Zwar wird in cap. 3. noch besonders daraus, daß Neffen „in suorum parentum jura succedunt", gefolgert, daß dieselben halbbürtigen Geschwistern, so wie auch Oheimen und Tanten des Verstorbenen vorgehen müßten, obwohl diese in gleichem oder gar näherem Grade mit dem Erblasser verwandt seien, als die Neffen; und gerade diese Folgerung ist es, auf welche Glück insbesondere seine Behauptung gründet, daß bei Neffen ein Repr.-Recht zur Erbfolge angenommen werden müsse. Aber diese Folgerung erklärt sich vollständig aus der der successio in stirpes überhaupt zu Grunde liegenden Idee einer gesetzlichen Substitution, ohne deßhalb irgend zu der so gänzlich haltlosen Annahme eines Repräsent.-Rechts Zuflucht nehmen zu müssen. Als gesetzliche Substituten ihres verstorbenen Parens nehmen die Neffen dessen Stelle ein, als solche schließen sie alle die aus, die ihr Parens ausgeschlossen hätte, und werden von denen ausgeschlossen, die diesen ausgeschlossen hätten; und als solche konkurriren sie mit Allen, mit denen ihr Parens konkurrirt haben würde, obwohl freilich gerade in der letztren Beziehung Justinian mehrfache singuläre Beschränkungen angeordnet hatte (s. unten §. 416. Anm. 1). Irgend ein erheblicher Unterschied zwischen Neffen und Enkeln ist nicht ersichtlich, wenn es nicht der ist, daß bei Deszendenten diese gesetzliche Substitution ohne alle Gradbeschränkung in infinitum fortgeht, während in der Seitenlinie durchaus nur Söhne und Töchter vorverstorbener Geschwister als gesetzliche Substituten ihrer Eltern gerufen sind.

Vgl. auch Francke, Beiträge I. S. 176 fgg., Büchel, Streitfragen S. 217 fgg., Schirmer, Handb. I. S. 246 fgg., Tewes, Syst. S. 86 fgg.

B) Die einzelnen Klassen.

Erste Klasse: Deszendenten. §. 415.

Anm. 1. Ob dann, wenn Jemand blos mit Hinterlassung mehrerer Enkel von einem Sohne oder einer Tochter verstirbt, successio in capita oder in stirpes eintrete, ist vorzüglich von praktischem Interesse, wenn es sich um die Bestimmung des Erbtheils einer armen Wittwe handelt. Man setze, es hinterläßt Jemand eine arme Wittwe und sechs Enkel von einem vorverstorbenen Sohn, so erhält die erstre nur ⅐, wenn man annimmt, daß die Enkel in capita succediren, aber ½, wenn man eine succ. in stirpes statuirt. (Die andre praktische Beziehung, die man dieser Frage gewöhnlich noch giebt, nämlich bei Berechnung des Pflichttheils, ist freilich sehr problematisch; vgl. unten §. 475. Anm.). Man muß sich nun in unsrem Falle gewiß für eine succ. in stirpes entscheiden, da Justinian in Nov. 118. c. 1. ganz allgemein, ohne Unterscheidung, ob Enkel von einem oder von mehreren Söhnen vorhanden sind, sagt, sie sollten in parentis sui locum succedere, also unius loco sein. Diese richtige Meinung vertheidigen jetzt auch die Meisten, und auch Glück, Intestaterbf. 2. Aufl. S. 129 fgg. ist derselben beigetreten, obgleich er in der ersten Aufl. der entgegengesetzten Ansicht war; vgl. außer den Lehrbb. noch bes. *Süptitz*, comm. de

ein, indem nur die Erstren, nicht auch die Letztren, jure praedefuncti parentis Erben würden, und bei ihnen, aber auch nur bei ihnen, müßten demnach die oben angedeuteten Sätze Platz greifen, daß ihr Parens erbfähig sein und sie selbst diesen vorverstorbenen Aszendenten beerbt haben müßten.

Bei genauerer Betrachtung kann man jedoch nicht umhin, das ganze s. g. Repräsentations-Recht als durchaus ungegründet und unhaltbar zu verwerfen. Man bemerke:

1) Konsequent fortgeführt zerstört sich dasselbe in sich selbst. Wenn nämlich Enkel und Neffen nur insofern Erben werden sollen, als das Recht ihres verstorbenen Parens auf sie übergehe, so können sie offenbar nie Erben werden, denn ihr Parens, welcher vor dem Erblasser starb, hat ja noch gar kein Erbrecht, quia vivi hereditas non datur. Hätte er aber auch ein Erbrecht gehabt, so ist es doch ein bekannter Grundsatz des römischen Rechtes, daß Erbrechte nicht wieder vererbt werden; und wollte man selbst Vererblichkeit eines an sich schon unvererblichen, und hier überdies noch gar nicht existirenden Rechts zugeben, so würde doch gar kein Grund ersichtbar sein, weßhalb blos Deszendenten, und nicht auch beliebige andre Erben des Verstorbenen Anspruch auf diese Vererbung haben sollten.

2) Ihren einzigen Grund hat die Annahme eines Repr.-R. in den Ausdrücken des römischen Rechts, es sollten Enkel und Neffen in locum oder in jura parentis succedere, Nov. 118. c. 1. 3, Nov. 127. Es werden aber diese Ausdrücke von Justinian selbst durchaus nur auf die Erbtheilung bezogen, so daß damit nichts als die succ. in stirpes bezeichnet werden soll, vgl. Nov. 118. c. 1:

> „sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere — — — tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, *quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.* In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus — —“.

Es sollen nämlich Enkel und Neffen, gleichsam als gesetzliche Substituten des verstorbenen Parens, soviel erhalten, als dieser Parens erhalten haben würde, und sie sollen insofern den Platz einnehmen, den ihr Aszendent eingenommen haben würde, wenn er noch lebte. Als man aber einmal für dieses so einfache Verhältniß den Namen Repräsentationsrecht erfunden, und daran den Begriff geknüpft hatte, daß Enkel und Neffen nicht jure proprio, sondern nur jure praedefuncti parentis succedirten, so folgerte man nun aus diesem Namen, und dem ganz willkührlich damit verknüpften Begriffe, Sätze, die den Gesetzen völlig fremd sind.

3) Verwerflicher noch als die alte Meinung ist die Unterscheidung von Glück, indem zu den gerügten Ungereimtheiten noch eine auffallende Inkonsequenz hinzukommt. Denn offenbar wendet Justinian in Nov. 118. c. 3. nur gerade das, was bisher blos von Enkeln galt, auch auf Neffen an, und er gebraucht dabei auch fast wörtlich dieselben Ausdrücke, die er in cap. 1. von den

so erhielte der Großvater von jeder Stammhälfte seine portio virilis, so daß er also von der einen Hälfte $\frac{1}{3}$ und von der andren $\frac{1}{4}$, also $\frac{1}{6}$ und $\frac{1}{8}$ vom Ganzen, oder überhaupt $\frac{7}{24}$ des Nießbrauchs bekomme. Hätte aber etwa die Erblasserin 2 Söhne und von einem verstorbenen Sohn 3 Enkel hinterlassen, welche alle auch Deszendenten des Wittwers und nicht in seiner väterlichen Gewalt sind, so erhielte der Wittwer von den Portionen der beiden Söhne $\frac{1}{3}$, und von der Portion der Enkel $\frac{1}{4}$ des Nießbrauchs, also vom Ganzen $\frac{2}{9} + \frac{1}{12} = \frac{11}{36}$. Dieser Meinung sind auch namentlich Glück, Intestaterbf. S. 302 fgg., Roßhirt, Erbr. S. 182 fgg., Göschen, Vorles. §. 921, Tewes, Syst. S. 92. u. A. m. beigetreten. Dagegen stellt Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben. Tüb. 1829. S. 66 fgg. die Regel auf: „um die portio virilis zu berechnen, zählt man alle emanzipirten Söhne und diejenigen Enkelstämme zusammen, in denen sich emanzipirte Enkel befinden; diese Zahl, um eins vermehrt, giebt die dem Vater gebührende Quote, und nach Abzug derselben wird die Masse wie gewöhnlich unter die Stämme vertheilt"; und dies wird z. B. auch von Puchta, Lehrb. §. 457. Not. c. und Vorles. ad h. l., Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 165. Not. 4. und Schirmer, Handb. I. S. 295 fg. Not. angenommen. Hiernach würden denn die beiden vorher angeführten Beispiele so zu entscheiden sein, daß der Großvater in dem erstren $\frac{1}{3}$, in dem zweiten $\frac{1}{4}$ des Nießbrauchs erhielte. Meiner Ueberzeugung nach läßt sich keine dieser beiden Meinungen mit den bestimmten Vorschriften der l. 3. cit. in Uebereinstimmung bringen; denn nicht nur, daß in den oben angeführten Worten gerade eine Virilportion erwähnt wird, ohne daß auch nur im Entferntesten auf Stammtheile hingedeutet wird, so werden auch kurz vorher die beiden Fälle, ob Enkel von einem Kinde, oder von mehreren vorhanden sind, sich ganz gleichgestellt, verb.: „si unus vel una pluresve nepotes *ex filio uno vel pluribus* procreati sunt, [maritus] hoc jure utatur, quod de filiis constitutum est". Hiernach muß also gewiß auch, wenn Enkel von verschiedenen Stämmen vorhanden sind, dem überlebenden Wittwer der Nießbrauch eines Kopftheils zugewiesen werden, so daß derselbe in beiden obigen Beispielen gleichmäßig $\frac{1}{6}$ des Nießbrauchs erhält. Dieser, zwar in mehrfachen Beziehungen zu auffallenden Resultaten führenden, aber doch den Worten des Gesetzes allein entsprechenden Ansicht ist nach der Angabe Baumeister's a. a. O. S. 64. späterhin auch Schrader in seinen Vorlesungen beigetreten, und zwar mit Berufung auf die freilich wohl nichts beweisende l. 22. §. 2. de statu liberis (40, 7), und eben so hat auch Roßhirt später sich dieser Meinung zugewandt in seiner Zeitschr. I. S. 386 fgg.

Uebrigens ist die ganze hier besprochene Verordnung nur dann anwendbar, wenn die Mutter ohne Testament verstirbt. Zwar ist Schrader a. a. O. S. 122 fgg. a. M., weil in der l. 3. cit. nirgends diese Voraussetzung angegeben sei, und auch der Nießbrauch des Hausvaters, worauf der Gesetzgeber besondre Rücksicht genommen, eben so gut auf das durch Testament, als ohne Testament auf die Kinder gekommene Mütterliche gehe. Aber diese Gründe sind wohl schwerlich entscheidend, da es bei unbefangener Betrachtung kaum zweifelhaft sein kann, daß hier Intestatsuccession stillschweigend vorausgesetzt wird. Nach der ursprünglichen Fassung, wie uns dieselbe in l. 9. C. Th. de mat. bon.

nepotibus ex filio unico avo non in capita sed in stirp. succedentibus. Helmst. 1806, s. auch Büchel, Streitfr. S. 226 fgg.

Anm. 2. In einigen Fällen konkurriren mit den Deszendenten andre Erbberechtigte, und zwar bald der Proprietät, bald nur dem Nießbrauch nach. Hierher gehört:

1) Die arme Wittwe. Das Nähere hierüber s. unten in der Lehre von den Notherben, §. 488. Anm.

2) Der Hausvater des Verstorbenen. Dieser behält nämlich, wenn sein Hauskind mit Hinterlassung von Deszendenten verstirbt, allen Nießbrauch, den er bei Lebzeiten desselben hatte, Nov. 118. c. 1.

3) Der Vater der ihre Mutter beerbenden Deszendenten, in Gemäßheit einer Verordnung von Theodos und Valentinian in l. 3. C. de bon. matern. (6, 60) [l. 9. C. Th. de mat. bon. 8, 18]. Der nähere Inhalt dieser in neuerer Zeit mehrfach besprochenen Verordnung ist folgender: Wenn die Ehefrau Jemandes stirbt, und gemeinschaftliche Deszendenten hinterläßt, einerlei, ob des ersten oder entferntrer Grade, so muß unterschieden werden, ob dieselben in der Gewalt des Wittwers stehen oder nicht. Im erstren Falle bekommt der Hausvater bekannten Grundsätzen nach den gesammten Nießbrauch. Im zweiten Falle aber (bei dem es übrigens ganz einerlei ist, ob die Kinder nie in der Gewalt des Wittwers gestanden haben, wie bei Enkeln von einer Tochter, oder von einem Sohne, der dieselben erst nach der Emanzipation erzeugte, oder ob sie daraus entlassen sind) soll der Wittwer den Nießbrauch von einer Virilportion erhalten. Es sind hierbei jedoch folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Wenn die hinterlassenen gemeinschaftlichen Deszendenten blos Kinder ersten Grads sind, und sie sind sämmtlich nicht in der Gewalt des Wittwers, so entscheidet sich der Fall einfach so, daß derselbe den Nießbrauch eines Kopftheils erhält: z. B. wenn sechs gemeinschaftliche emanzipirte Söhne vorhanden sind, so bekommt der Vater den Nießbrauch von $\frac{1}{7}$ des Vermögens. Wären aber etwa nur 3 von diesen 6 Kindern emanzipirt, so würde er zunächst die gesammten Portionen der 3 Hauskinder zum Nießbrauch erhalten, und dann noch von den Portionen der 3 emancipati den Nießbrauch zu $\frac{1}{4}$, so daß er also hier im Ganzen $\frac{5}{8}$ des Nießbrauchs bekommt. Wären aber von den 6 Kindern der Erblasserin nur 3 auch Kinder des Wittwers, so theilt derselbe auch nur mit diesen drei, so daß er also nur $\frac{1}{8}$ des Nießbrauchs bekommt.

b) Wenn aber die hinterlassenen gemeinschaftlichen Deszendenten Enkel sind, oder sich doch Enkel unter ihnen befinden, so soll auch hier der Großvater nach den klaren Worten des Gesetzes eine Virilportion des Nießbrauchs haben: „idem avus virilis cum ipsis portionis habeat usumfructum"; und es macht sich dies auch leicht, wenn blos Enkel von einem Kinde vorhanden sind. Sind aber Enkel von mehreren Stämmen vorhanden, so sind die Ansichten der Neueren über die Berechnung der dem Großvater gebührenden Portion getheilt. Schrader nämlich in seinen Abhandlungen aus dem Civilr. Bd. I. No. 4. S. 129 fgg. nimmt an, daß der Großvater in solchem Falle mit jedem Stamme seiner Enkel besonders *in capita* erbe. Wären also etwa von 2 verstorbenen Kindern Enkel vorhanden, von einem 2 und von dem andren 3,

benten und vollbürtigen Geschwister, in der dritten die vollbürtigen Neffen, in der vierten die Halbgeschwister u. s. w. gerufen werden. Zwar nimmt Büchel, Streitfr. S. 178 fgg. an, daß auch in diesem Fall nur die vier gewöhnlichen Klassen gemacht und die vollbürtigen Neffen in der vierten Klasse, also hinter den halbbürtigen Geschwistern und den halbbürtigen Neffen gerufen werden müßten. Ich muß es aber für ganz unglaublich halten, daß Justinian, welcher den halbbürtigen Neffen anerkannterweise auch dann ein Vorzugsrecht vor anderweiten gleichgradigen Seitenverwandten einräumt, wenn der Verstorbene Aszendenten hinterließ, dies den vollbürtigen Neffen verweigert haben soll, und ich kann daher Justinian's Verordnung nur so verstehen: daß das Vorhandensein von Aszendenten zwar wohl die vollbürtigen Neffen von der Konkurrenz mit vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen ausschließt, das Verhältniß derselben zu den übrigen Seitenverwandten dadurch aber gar nicht verrückt wird; siehe jetzt auch Arndts in Weiske's Rechtslex. V. S. 692. Not. 151, Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 163. Not. 11. im Anf.

An diesen Bestimmungen der Nov. 118. wurde aber später durch die Nov. 127. so viel geändert, daß vollbürtige Neffen auch dann ein konkurrirendes Erbrecht haben sollten, wenn Aszendenten und vollbürtige Geschwister mit vollbürtigen Neffen zusammenträfen. Für den andern Fall aber, wenn blos Aszendenten und Neffen vorhanden sind, verfügt Justinian hier nichts, und man muß also hier theoretisch offenbar sagen, es bleibe für diesen Fall bei dem bestimmten Ausspruch der Nov. 118, wonach Neffen in Konkurrenz mit Aszendenten nicht zur Succession kommen sollten. Denn so wahr es ist, daß die Konsequenz eine andre Entscheidung verlangt, und so wahrscheinlich es ferner ist, daß Justinian, wenn er an diesen Fall gedacht hätte, ihn ebenfalls zu Gunsten der Neffen entschieden haben würde: so ist doch bekanntlich Analogie bei korrektorischen Gesetzen unanwendbar. Der Theorie nach muß man also auch noch nach neuestem röm. Rechte dann, wenn Aszendenten und keine vollbürtigen Geschwister vorhanden sind, fünf Klassen in der oben bezeichneten Weise annehmen. Eine völlig konstante Praxis (s. jedoch auch Seuffert's Arch. V. Nr. 300) hat aber von jeher das Gegentheil angenommen, indem hiernach ganz allgemein Neffen auch dann zur Succession zugelassen werden, wenn sie blos mit Aszendenten des Verstorbenen konkurriren, Glück, Intestaterbf. §. 168. ibique citt., Schirmer I. S. 251 fg.; und selbst eine theoretische Rechtfertigung dieser Praxis, aber wohl nicht glücklich, haben noch in neuester Zeit Roßhirt S. 349 fgg. und Hunger, Erbrecht S. 417 fgg. versucht, vgl. auch Büchel, Streitfr. S. 170. und S. 208 fgg. Anm. und Puchta, Vorles. zu §. 457. geg. E., Helmolt, d. Accreszensrecht und die succ. grad. der Nov. 118. und 127. S. 12 fgg.

Noch ist hier ein, namentlich in neuester Zeit von Büchel, Streitfragen S. 171 fgg. in Anregung gebrachter Punkt näher in's Auge zu fassen. Büchel stellt nämlich die Behauptung auf, nach Nov. 118. c. 3. succedirten Geschwisterkinder eigentlich erst in der vierten Klasse, und nur vermöge besondren Privilegs sollten sie dann, aber auch nur dann in der zweiten und resp. dritten Klasse zur Erbfolge kommen, wenn ihr Parens zur Zeit der Delation an die fragliche Klasse schon verstorben sei. Trete diese Voraussetzung nicht ein, so greife auch

entgegentritt, war überdies im Eingang diese Voraussetzung ausdrücklich angegeben (si uxor *intestata* defecerit rel.), und wenn dieser Eingang im Justinianischen Codex weggeblieben ist, so geschah dies offenbar nicht in der Absicht, Etwas am Rechte selbst zu ändern, sondern nur, wie in andern unzähligen Fällen auch, in der Meinung, etwas Ueberflüssiges abzuschneiden, vgl. auch Roßhirt, Erbr. S. 186 fgg. Not. 152. Hiernach versteht es sich denn ganz von selbst, daß die weitere Behauptung Schrader's, daß dem Manne in dieser Rücksicht eine Art von Notherbrecht gegen das Testament der Frau zustehe, unmöglich gebilligt werden kann. —

An der praktischen Giltigkeit der hier entwickelten Bestimmungen ist nach der bekannten Regel, daß frühere Singularitäten durch ein späteres generelles Gesetz nicht als aufgehoben zu betrachten sind, nicht zu zweifeln, und man muß also dieselben auch noch jetzt neben der Nov. 118. anerkennen. Um so mehr muß man sich wundern, daß man die ganze Verordnung so häufig übersah, und erst in neuerer Zeit ist man besonders durch die angef. Abh. von Schrader hierauf aufmerksamer geworden.

Zweite Klasse: Aszendenten, vollbürtige Geschwister und vorverstorbener vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter.

§. 416.

Anm. 1. In der zweiten Klasse der Intestatsuccession werden auch die Söhne und Töchter von verstorbenen vollbürtigen Geschwistern berufen, aber nicht auch die entfernteren Deszendenten derselben, die vielmehr erst in der vierten Klasse succediren, Nov. 118. c. 3. verb.:

„Hujusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum aut feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant; nulli alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc jus largimur".

Solche Neffen sollen auch nicht blos dann succediren, wenn sie allein vorhanden sind, sondern auch, wenn sie mit vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen zusammentreffen, aber, wie Justinian in Nov. 118. c. 3. ausdrücklich vorschreibt, dies doch nur in dem Fall, wenn kein Aszendent des Verstorbenen vorhanden ist:

„Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis judicantur thiis masculis et feminis, sive paterni sive materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut jam diximus, ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorum pater aut mater defuncto jungebatur".

Hat also der Verstorbene auch Aszendenten, so müssen nach Nov. 118. fünf Klassen gebildet werden, in der Art, daß in der zweiten Klasse die Aszen-

Gedanke ausgesprochen werden, daß von einem Erbrechte der Neffen keine Rede sein könne, so lange ihr Parens ihnen noch als Erbberechtigter im Wege steht, gerade so wie im cap. 1. derselbe Gedanke mit denselben Worten in Betreff der Enkel ausgedrückt ist: „In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus *ex praemortuo filio aut filia nepotes* vocari sancimus“. Ganz so wurde auch Justinian's Bestimmung von den Griechen aufgefaßt, denn dieselben finden in dem Worte *praemortuus* so wenig eine singuläre Beschränkung im Sinne Büchel's, daß sie dasselbe regelmäßig ignoriren, und allgemein von „Geschwisterkindern“ sprechen, vgl. z. B. *Basilii* prochir. tit. 30. c. 8. 9. 10. (edid. *Zachariae,* Heidelb. 1837. p. 160 sqq.), *Athanasii* epit. Novell. tit. 9. const. 10. (in *Heimb.* anecdota tom. I. Lips. 1838. p. 104 sqq.).

2) Nach der Ansicht Büchel's kann es vorkommen, daß Neffen zusammen mit Oheimen des Verstorbenen zur Erbfolge kommen, während doch nach der ausdrücklichen Erklärung Justinian's die Erstren stets den Letztren vorgehen: „Quandoquidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum locum succedentes soli in tertio constituti gradu cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, *illud palam est, defuncti patruis masculis et feminis, paternis et maternis, eos praeponi,* licet illi quoque tertium similiter cognationis gradum obtineant“. Zwar will Büchel gerade umgekehrt in diesen Worten eine Bestätigung seiner Meinung finden, indem er nämlich S. 181. das *quandoquidem* oder das griechische ὁπότε überträgt „in den Fällen, in welchen“, und darin also eine Hinweisung finden will, es gebe auch noch andre Fälle, in denen den Neffen dieses Vorzugsrecht nicht gebühre. Dies ist aber gewiß ungegründet, sondern ὁπότε hat hier wie sonst, die einfache Bedeutung von „weil“ oder „da“. Vgl. auch Schol. Basilic. lib. 45. tit. 3. (bei Fabr. VI. p. 104. sch. e., und bei Heimb. IV. p. 526. sch. 8) und *Julian.* Epit. Nov. const. 395: „Quod si nullus ex ascendentibus sit, tunc fratris vel sororis filii quasi secundum gradum obtinentes, sic ad hereditatem defunctae personae vocentur. *Ideoque modis omnibus avunculis vel patruis defuncti praeponuntur,* quia illi tertium gradum cognationis obtinent“.

3) Zu diesem Resultate führen endlich auch sehr bestimmt die Schlußworte des cap. 3. Hier nämlich geht der Kaiser zur Darstellung der dritten Ordnung der Kollateralen-Succession über, und zwar mit den Worten: „Si vero neque fratres, neque filios fratrum sicut diximus, reliquerit defunctus, omnes *deinceps* a latere cognatos ad hereditatem vocamus“ rel. Daß hiernach in dieser dritten Ordnung nicht die Neffen selbst wieder vorkommen können, was doch nach Büchel's Ansicht der Fall sein müßte, leuchtet wohl von selbst ein. Vgl. auch *Julian.* cit. verb. Quodsi neque fratres rel., *Basil.* prochir. XXX. c. 10, *Basilic.* lib. 45. tit. 3. (bei Fabrot. VI. p. 104. sch. f., bei Heimb. IV. p. 526. sch. 9).

Anm. 2. Die möglichen Konkurrenzfälle in der zweiten Klasse sind folgende:

1) Es sind blos Aszendenten vorhanden. Hier geht der dem

Grade nach Nächste unbedingt allen Uebrigen vor. Sind Mehrere von gleichem Grade vorhanden, so erhalten sie, wenn sie zu einer Linie gehören, Kopftheile; gehören sie aber theils zu der väterlichen, theils zu der mütterlichen Linie, so wird das Vermögen in zwei gleiche Hälften getheilt, wovon die eine auf die Aszendenten der väterlichen, die andre auf die Aszendenten der mütterlichen Linie fällt, Nov. 118. c. 2. In jeder der beiden Linien erhalten aber die dem Grade nach Gleichen wieder Kopftheile, und gewiß irrig ist die Meinung derjenigen, welche hier eine Succession nach Theillinien annehmen, vgl. z. B. noch Schrader, Abh. aus dem Zivilr. S. 185, Zachariä, Instit. des röm. R. S. 666. lit. a. u. s. w., denn Justinian sagt ganz allgemein: si autem eundem gradum habeant, *ex aequo* inter eos hereditas dividatur. S. auch Glück §. 171, Roßhirt S. 315 fgg., Arndts im Rechtsler. a. a. O. S. 691, Schirmer I. S. 276.

2) Es sind blos vollbürtige Geschwister vorhanden. Diese succediren, wie sich von selbst versteht, in capita.

3) Es sind blos Kinder von vollbürtigen Geschwistern da. Wie dieser Fall nach Nov. 118. zu entscheiden sei, ist sehr streitig, und auch schon die Glossatoren waren darüber verschiedener Meinung. Azo, dem sehr Viele folgten, unter denen besonders *Rotgersius*, de succ. legit. c. 12. §. 22 sqq. hervorzuheben ist, nehmen die successio in capita an, aus dem Hauptgrunde, weil dies ausgemachter Weise vor der Nov. 118. Rechtens gewesen sei, und sich eine Abänderung Justinian's nicht nachweisen lasse, vgl. auch *Harmenopul.* V. 8. §. 15. (in Meerm. thes. VIII. p. 290, edit. Heimb. p. 630). Accursius dagegen, dessen Meinung auch von den bei Weitem Meisten angenommen ward, vertheidigte die successio in stirpes, als allein dem Geiste der Nov. 118. entsprechend. Außerdem bildete sich aber noch eine Mittelmeinung, die unter den neueren Juristen besonders von Glück §. 176 fgg. vertheidigt wird, wornach man nach römischem Rechte unterscheiden müsse, ob außer den Neffen noch andre Seitenverwandte des zweiten oder dritten Grades vorhanden seien (Halbbrüder, halbbürtige Neffen, Oheime und Tanten des Verstorbenen), oder nicht; im letztern Falle müsse man allerdings auch nach Nov. 118. eine succ. in capita, im erstren aber eine succ. in stirpes annehmen. — Nach den Ausführungen der vorhergehenden Anm. scheint es mir unzweifelhaft, daß nur die herrschende Lehre, wornach also eine durchgreifende succ. in stirpes Statt findet, gebilligt werden dürfe. Denn offenbar hat Justinian die Neffen gerade nur darum in der ersten und resp. zweiten Ordnung der Kollateralen-Succession berufen, weil sie als gesetzliche Substituten ihres Parens wie zweigradige Verwandte zu behandeln sind; die Idee der gesetzlichen Substitution führt aber nothwendig die succ. in stirpes mit sich; vgl. auch Roßhirt S. 355 fgg., Büchel S. 190 fgg. — Dieser ganze Streit ist übrigens unpraktisch geworden, indem auf dem Reichstag zu Speier im J. 1529 die Meinung des Azo gesetzlich sanktionirt wurde, denn es wurde dort wörtlich also verfügt:

„Wann einer untestirt abstirbt, und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwestern Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter

und nicht in die Stämme erben, und dem Verstorbenen, ihrer Vater oder Mutter Bruder oder Schwester, dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen".

Offenbar muß man also hiernach überall, wo vollbürtige Neffen als die einzigen Erbberechtigten in einem konkreten Falle erscheinen, eine successio in capita eintreten lassen, und es ist die augenscheinlichste Willkür, wenn Manche mit *Heisler*, diss. de fratr. germanor. liberis — — — in stirpes succedentibus, Hal. 1775, auch noch nach diesem klaren Gesetze unterscheiden, ob neben den Neffen noch andere dem Grade nach nähere oder gleiche, aber doch zum Erben nicht berechtigte, Personen vorhanden seien, oder nicht, und im erstren Falle auch noch jetzt eine succ. in stirpes annehmen. Mit dem größten Rechte wird daher auch diese Meinung jetzt allgemein verworfen, vgl. z. B. außer den Lehrbb. auch noch Glück S. 686 fgg., Roßhirt S. 362 fg., Büchel S. 214 fgg., Schirmer I. S. 278 fgg.

4) Es konkurriren Aszendenten und vollbürtige Geschwister. Hier soll nach dem klaren Buchstaben der Nov. 118. c. 2:

„ut et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem" durchgreifend eine succ. in capita eintreten, und also hier die Theilung nach Linien bei den Aszendenten hinwegfallen. Uebrigens versteht es sich, daß auch in diesem Falle nicht alle Aszendenten, sondern nur die im Grade Nächsten zur Erbfolge kommen.

5) Es konkurriren Geschwister und Geschwisterkinder. Hier tritt successio in stirpes ein, Nov. 118. c. 3.

6) Es konkurriren Aszendenten mit Geschwistern und Kindern von Geschwistern. In diesem Falle succediren die Aszendenten und Geschwister nach Köpfen, die Neffen aber, die hier nach Nov. 118. noch ausgeschlossen waren, in Gemäßheit der Nov. 127. nach Stämmen.

7) Es konkurriren Aszendenten mit Kindern von Geschwistern. Eigentlich kämen hier nach dem Gesetze die Letztren gar nicht zur Succession (Anm. 1), nach der angenommenen Praxis erben aber die Aszendenten in Köpfe, die Neffen nach Stämmen. (Eine eigenthümliche, aber gewiß verkehrte Meinung vertheidigt Tewes, Syst. S. 101 fg.).

Will man alle diese Fälle unter einfache Prinzipien bringen, so lassen sich folgende aufstellen:

I. Geschwister succediren stets in capita.

II. Bei Aszendenten entscheidet zunächst immer die Gradesnähe; unter Mehreren dem Grade nach Gleichen tritt aber, wenn sie allein da sind, eine einmalige succ. in lineas, wenn sie mit Andren konkurriren, eine succ. in capita ein.

III. Neffen succediren, wenn sie allein sind, in capita, wenn sie mit Andern konkurriren, in stirpes. —

Anm. 3. Vor der Nov. 118. hatte sich die Erbfolge in das pecul. advent. eines verstorbenen Hauskindes dahin fixirt, daß dieselbe zuerst den Deszendenten, dann der Mutter und den Geschwistern, und hierauf erst dem Vater angetragen wurde, welchem Letztern stets der lebenslängliche Nießbrauch verblieb (vgl. oben S. 35 fgg). Statt dessen nun verordnet Justinian in

Nov. 118. c. 2, wenn Jemand ohne Deszendenten versterbe, so solle sein Vermögen gleichmäßig an die dem Grade nach nächsten Aszendenten und die vollbürtigen Geschwister fallen „nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi vindicare (ἐκδικεῖν)", denn statt dieses Nießbrauchs erhalte er einen Theil der Erbschaft nach Eigenthumsrecht. — Hiernach ist nun so viel gewiß, daß der Vater keinen neuen Nießbrauch an den Portionen der miterbenden, noch in seiner Gewalt befindlichen, Geschwister erwirbt (die abweichende Meinung von Wippermann, die Grundbegriffe des gem. deutschen Rechts, Heft I. S. 172 fg. bedarf. wohl keiner besondern Widerlegung, s. dagegen Buchholtz in Gieß. Zeitschr. XIV. S. 301 fgg.), aber sehr bestritten ist es, ob er den Nießbrauch, den er schon bei Lebzeiten des verstorbenen Kindes hatte, beibehalte oder nicht. Manche, z. B. Wening, Lehrb. §. 434. und 438, Thibaut, Syst. §. 363. und 668. (welcher aber später seine Meinung änderte, s. unten), Seuffert, Lehrb. §. 488, Mejer in Schweppe's Handb. §. 834. a) behaupten das Erstre, weil es so vor der Nov. 118. gewesen sei, und Justinian in den angeführten Worten nur die Erwerbung eines neuen Nießbrauchs verboten habe, und weil es überhaupt Rechtens sei, daß der Nießbrauch erst mit dem Tode des Usufruktuar, nicht des Proprietar aufhöre. Andre (unter den Neuern z. B. die Gebr. Overbeck in den Meditation. Bd. II. Medit. 79) geben zwar zu, daß der Vater den Nießbrauch einbüße, so weit er mit Geschwistern des Verstorbenen zusammentreffe, behaupten aber doch die Fortbauer desselben in Betreff derjenigen Portion, welche auf die miterbende Mutter falle, weil dies ausdrücklich in l. 7. §. 1. C. ad SC. Tertull. vorgeschrieben, und durch Nov. 118. nirgends geändert sei, vgl. auch Mühlenbruch §. 569. bei Not. 8. Die Mehrzahl unsrer jetzigen Juristen (vgl. z. B. Glück, Intestaterbf. §. 174, Roßhirt, Erbr. S. 339 fgg., Löhr im ziv. Arch. X. S. 165 fgg., Marezoll in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 206 fgg., Buchholtz ebendas. XIV. S. 295 fgg., Zimmern, Rechtsgesch. I. §. 190. a. E., Schweppe, Lehrb. §. 834. a, Puchta §. 436. Anm., Mayer, Erbr. §. 77, Göschen, Vorles. §. 925, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 141. Not. 43, Keller, Pand. §. 414. a. E., Schirmer I. S. 296 fg. Not. und später auch Thibaut in Braun's Erörtr. S. 354. und Syst. 8te Aufl. §. 861. und Fritz in Wening's Lehrb. a. a. O.) erklärt sich dagegen allgemein für Erlöschung des Nießbrauchs, einerlei, ob der Vater mit Geschwistern oder mit der Mutter des Verstorbenen konkurrirt, und ich trage kein Bedenken, mich ebenfalls dieser Ansicht anzuschließen. Es kann nämlich

1) wohl kaum verkannt werden, daß schon die rein grammatische Interpretation sehr bestimmt zu dieser Meinung hinführt, indem Justinian ganz allgemein sagt, der Vater solle keinen Nießbrauch an den Portionen der Miterben geltend machen dürfen. Wie man so häufig dem Ausdruck *vindicare* oder ἐκδικεῖν die spezielle Beziehung auf die Geltendmachung eines noch nicht erworbenen Nießbrauchs hat geben mögen, ist nicht wohl zu begreifen.

2) Hierzu kommt der wohl zu beachtende Umstand, daß Justinian für den Fall, wenn das Hauskind Deszendenten hinterläßt, ausdrücklich das alte Nießbrauchsrecht bestätigt, sowohl in Bezug auf neuen Erwerb desselben, als auf Beibehaltung des schon vorhandenen, Nov. 118. c. 1. Ginge nun in unsrem

Falle das Verbot blos auf das Erstre, so würde man mit vollem Rechte eine ausdrückliche Bestätigung des Letztren erwarten dürfen.

3) Für unsre Ansicht spricht auch die Betrachtung, daß der Nießbrauch des Vaters an dem pecul. adventit. offenbar Folge der väterlichen Gewalt ist, und eben darum der Regel nach mit jedem Aufhören desselben erlöscht. Daß derselbe vor der Nov. 118. nach dem Tode des Hauskindes noch bestehen blieb, war eine Singularität, die man zur Entschädigung des Vaters wegen des ihm entzogenen Erbrechts annahm. Justinian gab ihm ja aber Erbrecht, und es bedurfte also dieser Entschädigung nicht mehr.

4) Eine nicht unbedeutende Bestätigung der richtigen Meinung findet sich endlich auch bei Julian in Epit. Nov. const. 394, wo derselbe ausdrücklich sagt: „ut tamen pater usumfructum partis ad filium vel filiam pertinentis *nullum habeat*, sed pleno jure apud filium vel filiam maneat"; und eben so faßten auch offenbar die Byzantiner die Justinianische Verordnung auf, vgl. bes. Incert. fragm. ad Novell. Just. in Heimb. anecdot. I. p. 266. fragm. VII: „*μὴ δυναμένου τοῦ πατρός — — χρῆσιν ἐπιζητεῖν τοῦ ἁρμόζοντος αὐτοῖς μέρους*", und *Athanas.* de Novell. Just. tit. IX. const. 10. (bei Heimb. cit. p. 104): „*καὶ μηδὲ τὴν χρῆσιν αὐτοῖς φυλάττοντες ἐπὶ τούτοις τοῖς πράγμασι*". S. auch noch *Basilii* prochir. tit. 30. c. 6. (edit. *Zachariae* p. 159 sqq.) und Schol. Basilic. lib. 45. tit. 3. (bei Fabr. VI. p. 103. sch. b., bei *Heimb.* IV. p. 524. schol. 5), welche beiden ganz gleichlautenden Stellen, obwohl sie zunächst nur sagen, daß die Kinder für ihren Vater keinen Nießbrauch erwerben (*προςπορίζουσι*), doch insofern für unsre Ansicht beweisend sind, weil darneben ausdrücklich erklärt wird, daß kein Unterschied sein solle, ob die miterbenden Geschwister noch in der Gewalt des Vaters seien, oder nicht. —

Daß übrigens die hier besprochenen Grundsätze nicht blos für den Vater gelten, sondern auch auf den Großvater, Urgroßvater u. s. w. Anwendung finden, kann wohl kaum bezweifelt werden, obwohl freilich die Worte der Novelle nur den Vater nennen. Dabei muß aber natürlich vorausgesetzt werden, daß dem Großvater u. s. w. in dem konkreten Falle auch wirklich die Erbschaft deferirt wird; denn gelangt derselbe nicht zur Erbfolge, weil z. B. die Mutter noch vorhanden ist, so muß man konsequenter Weise sagen, daß hier weder der schon vorhandene Nießbrauch erlösche, noch die Erwerbung eines neuen gehindert werde.

Dritte Klasse: Halbbürtige Geschwister und vorverstorbener halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter. §. 417.

Anm. Eine in früherer Zeit sehr häufig, aber auch noch von manchen neueren Juristen vertheidigte und auch in der Praxis früher häufig angewendete Meinung geht dahin, daß es, wenn Jemand mit Hinterlassung von fratres consanguinei und uterini versterbe, auf den Ursprung der Güter ankomme, so daß das väterliche Vermögen auf die väterlichen, das mütterliche aber an die mütterlichen Halbgeschwister falle, und nur im Betreff des anderweitigen Vermögens eine successio in capita Platz greife; vgl. die vielen bei Glück,

Nov. 118. c. 2, wenn Jemand ohne Deszendenten versterbe, so solle sein Vermögen gleichmäßig an die dem Grade nach nächsten Aszendenten und die vollbürtigen Geschwister fallen „nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi vindicare (ἐκδικεῖν)“, denn statt dieses Nießbrauchs erhalte er einen Theil der Erbschaft nach Eigenthumsrecht. — Hiernach ist nun so viel gewiß, daß der Vater keinen neuen Nießbrauch an den Portionen der miterbenden, noch in seiner Gewalt befindlichen, Geschwister erwirbt (die abweichende Meinung von Wippermann, die Grundbegriffe des gem. deutschen Rechts, Heft I. S. 172 fg. bedarf wohl keiner besondern Widerlegung, s. dagegen Buchholtz in Gieß. Zeitschr. XIV. S. 301 fgg.), aber sehr bestritten ist es, ob er den Nießbrauch, den er schon bei Lebzeiten des verstorbenen Kindes hatte, beibehalte oder nicht. Manche, z. B. Wening, Lehrb. §. 434. und 438, Thibaut, Syst. §. 363. und 668. (welcher aber später seine Meinung änderte, s. unten), Seuffert, Lehrb. §. 488, Mejer in Schweppe's Handb. §. 834. a) behaupten das Erstre, weil es so vor der Nov. 118. gewesen sei, und Justinian in den angeführten Worten nur die Erwerbung eines neuen Nießbrauchs verboten habe, und weil es überhaupt Rechtens sei, daß der Nießbrauch erst mit dem Tode des Usufruktuar, nicht des Proprietar aufhöre. Andre (unter den Neuern z. B. die Gebr. Overbeck in den Meditation. Bd. II. Medit. 79) geben zwar zu, daß der Vater den Nießbrauch einbüße, so weit er mit Geschwistern des Verstorbenen zusammentreffe, behaupten aber doch die Fortdauer desselben in Betreff derjenigen Portion, welche auf die miterbende Mutter falle, weil dies ausdrücklich in l. 7. §. 1. C. ad SC. Tertull. vorgeschrieben, und durch Nov. 118. nirgends geändert sei, vgl. auch Mühlenbruch §. 569. bei Not. 8. Die Mehrzahl unsrer jetzigen Juristen (vgl. z. B. Glück, Intestaterbf. §. 174, Roßhirt, Erbr. S. 339 fgg., Löhr im ziv. Arch. X. S. 165 fgg., Marezoll in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 206 fgg., Buchholtz ebendas. XIV. S. 295 fgg., Zimmern, Rechtsgesch. I. §. 190. a. E., Schweppe, Lehrb. §. 834. a, Puchta §. 436. Anm., Mayer, Erbr. §. 77, Göschen, Vorles. §. 925, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 141. Not. 43, Keller, Pand. §. 414. a. E., Schirmer I. S. 296 fg. Not. und später auch Thibaut in Braun's Erörtr. S. 354. und Syst. 8te Aufl. §. 861. und Fritz in Wening's Lehrb. a. a. O.) erklärt sich dagegen allgemein für Erlöschung des Nießbrauchs, einerlei, ob der Vater mit Geschwistern oder mit der Mutter des Verstorbenen konkurrirt, und ich trage kein Bedenken, mich ebenfalls dieser Ansicht anzuschließen. Es kann nämlich

1) wohl kaum verkannt werden, daß schon die rein grammatische Interpretation sehr bestimmt zu dieser Meinung hinführt, indem Justinian ganz allgemein sagt, der Vater solle keinen Nießbrauch an den Portionen der Miterben geltend machen dürfen. Wie man so häufig dem Ausdruck *vindicare* oder *ἐκδικεῖν* die spezielle Beziehung auf die Geltendmachung eines noch nicht erworbenen Nießbrauchs hat geben mögen, ist nicht wohl zu begreifen.

2) Hierzu kommt der wohl zu beachtende Umstand, daß Justinian für den Fall, wenn das Hauskind Deszendenten hinterläßt, ausdrücklich das alte Nießbrauchsrecht bestätigt, sowohl in Bezug auf neuen Erwerb desselben, als auf Beibehaltung des schon vorhandenen, Nov. 118. c. 1. Ginge nun in unsrem

Vierte Klasse: Alle übrigen Kollateralen. §. 418.

C) Von dem Einflusse der mehrfachen Verwandtschaft. §. 419.

Koch, Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten. Gieß. 1798, Klüpfel, über einzelne Theile des bürgerl. Rechts. No. 4, Glück, Intestaterbr. S. 137 fgg.

D) Von der successio ordinum et graduum. §. 420.

Dig. XXXVIII. 9, Cod. VI. 16. de successorio edicto.

Anm. Nach dem Erbrechtssystem unmittelbar vor der Nov. 118. fand theils in Folge des prätorischen edictum successorium, theils durch Justinianische Verordnungen eine durchgreifende successio, oder wie die Neueren sagen, eine successio ordinum et graduum Statt, d. h. wenn die zunächst Berufenen, ohne die Erbschaft erworben zu haben, wegfielen, so rückten die Folgenden, d. h. diejenigen vor, welche gleich Anfangs gerufen worden wären, wenn ihnen der Weggefallene nicht im Wege gestanden hätte. Die herrschende Lehre geht nun dahin, daß eben dies auch noch im neuesten Intestaterbrecht nach Nov. 118. Platz greife. Dies ist auch gewiß gegründet, denn nicht nur, daß eine solche successio ganz im Geiste Justinian's ist, wie eben die vorhergehenden Verordnungen dieses Kaisers beweisen, so bezweckte ja auch die Nov. 118. nicht eine Umgestaltung des gesammten Intestaterbrechts, sondern nur die Feststellung einer neuen Erbfolge-Ordnung, während es in allem Uebrigen bei dem früheren Rechte blieb; und wie also z. B. das Anwachsungsrecht unter Intestaterben noch fortwährend gilt, obgleich in der Novelle keine Rede davon ist, so muß dies ganz so auch in Betreff der successio der Fall sein. Dennoch aber vertheidigt jetzt Puchta, Lehrb. §. 453. Not. y. (4te Aufl. §. 458. Not. e, s. auch dessen Vorles. ad h. l.) eine sehr wesentliche Modifikation dieser Regel, indem er zwar die successio ordinum für alle Klassen zuläßt, die successio graduum aber nur in der zweiten Klasse hinsichtlich der Aszendenten, und in der vierten Klasse statuiren will. „Die gewöhnliche Meinung, daß die succ. *graduum* in allen Klassen eintrete, z. B. auch in der ersten hinsichtlich der entferntren Deszendenten, sei ganz unrichtig, denn hier sei es nicht der Grad, der den Entferntren ausgeschlossen habe. Ein solcher könne vielmehr nur durch Transmissionsrecht Erbe werden". Offenbar beruht diese Ansicht Puchta's wesentlich auf einer Folgerung aus dem Worte: succ. *graduum*, aus einem Worte, welches meines Erinnerns in den Quellen gar nicht, und wenigstens gewiß nicht als technischer Ausdruck vorkommt. Ueberhaupt ist diese scharfe Scheidung zwischen einer succ. ordinum und graduum von den Römern gar nicht hervorgehoben, sondern das edict. successorium begnügte sich mit dem allgemeinen Ausspruch, wenn der zuerst zur B. P. Berufene dieselbe innerhalb der bestimmten Fristen nicht agnoszire,

Intestaterbf. S. 712. Not. 63. Angeff., denen unter den neueren Juristen auch noch *Mühlenbruch*, doctr. Pand. III. §. 455. (2da edit.) beizufügen ist, welcher jedoch später diese Meinung aufgegeben hat. Daß diese Ansicht zu bedeutenden praktischen Inkonvenienzen hinführt, und daß sie eben so sehr der römischen Idee der Universalsuccession, als dem Geist der Novelle widerspricht, konnte wohl niemals verkannt werden; aber man ging davon aus, daß dies nun einmal eine Singularität des früheren Rechts gewesen sei, welche die Nov. 118. nirgends aufgehoben habe, und die daher noch immer angewendet werden müsse. Es ist dies jedoch völlig irrig, und man muß sich entschieden der h. z. T. unbedingt herrschenden Lehre anschließen, wornach kein Unterschied zwischen dem väterlichen und mütterlichen Vermögen zu machen ist, sondern konkurrirende consanguinei und uterini in Betreff des gesammten Vermögens in capita succediren. Zunächst nämlich ist es ganz unwahr, daß vor der Nov. 118. eine solche Singularität bestanden habe. Zwar werden in dem hierfür angeführten Gesetze, nämlich in l. 13. §. 2. C. de legit. hered. (6, 58) allerdings nur die „fratres et sorores ex eadem matre“ zu den bona materna gerufen und also in Betreff dieser Güter den consanguinei vorgezogen; darunter sind aber nicht die *uterini*, sondern vielmehr die *germani* verstanden, wie aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes, und insbesondere auch noch daraus hervorgeht, daß die uterini erst zwei Jahre später ein Erbrecht unter den Agnaten erhielten, l. 15. §. 2. C. eod., vgl. bes. Francke, Beiträge S. 162 fgg. und Guyet, Abh. S. 15 fgg. Daß aber von dieser singulären Bestimmung der l. 13. cit. keine Anwendung mehr zu machen ist, seitdem später vollbürtige Geschwister die blosen consanguineos ganz ausschließen (Nov. 85. 118), versteht sich von selbst. — Wäre aber auch wirklich jene angebliche Singularität des ältern Rechts gegründet, so würde man doch nothwendig behaupten müssen, daß dieselbe durch Nov. 118. aufgehoben sei; denn dies ist nicht etwa ein blos korrektorisches Gesetz, sondern es wird darin die Verwandtensuccession von Grund aus neu regulirt, so daß Bestimmungen des früheren Rechts nur insofern noch auf Geltung Anspruch haben, als sie durch Wort oder Geist der Novelle bestätigt werden (vgl. auch die praef.). In unsrem Falle fehlt es aber nicht nur an einer solchen Bestätigung, sondern es werden vielmehr in c. 3. die consanguinei und uterini ausdrücklich als gleichberechtigt zusammengerufen, verb.: „ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt sive per patrem solum, sive per matrem“. Vgl. auch außer den schon angeff. Abhh. von Francke und Guyet, und außer sämmtlichen neueren Lehrbb. (namentlich Schweppe V. §. 831, Thibaut §. 862, Mühlenbruch §. 635, Wening §. 436, Puchta §. 460. Not. e, Göschen §. 927, Sintenis III. §. 163. Not. 12, Arndts §. 477, Keller §. 469) noch Hugo, Magaz. IV. S. 193, Thibaut, ziv. Abh. S. 115 fgg., Glück, Intestaterbf. S. 710 fgg., Roßhirt, Erbr. S. 372 fgg., Arndts in Weiske's Rechtslex. V. S. 693, Vering, Erbr. S. 664. Not. 1.

sein würde; vgl. auch Arndts in Weiske's Rechtslex. V. S. 694, Sintenis III. §. 163. Not. 15, Helmolt, d. Accreszenzr. und die succ. grad. der Nov. 118. und 127. Gieß. 1855. S. 16 fgg., Keller, Pand. §. 471, Schirmer I. S. 260 fg., Tewes, Syst. S. 123. Daß das Transmissionsrecht, auf welches Puchta in solchen Fällen die entfernteren Descendenten verweist, diesen nur eine sehr ungenügende Hülfe gewähren würde, bedarf keiner besondren Ausführung. —

Sehr streitig ist hierbei noch, ob die successio nur dann eintrete, wenn sämmtliche zuerst Berufenen hinweggefallen sind, oder auch schon dann, wenn dies nur bei Einem oder Einigen der Fall ist, m. a. W., ob dann, wenn nur einer von mehreren zusammen Berufenen wegfällt, dessen Portion stets an die anderweiten Delaten jure accrescendi kommt, oder ob dieselbe nicht vermittelst der succ. graduum an diejenigen Nachberufenen fällt, welche durch den Weggefallenen von der Theilnahme an der ersten Delation ausgeschlossen wurden? Vor noch nicht langer Zeit war die erste Meinung die allgemein herrschende, während in unsren Tagen die zweite Ansicht, wornach die succ. graduum einen Vorzug vor dem Anwachsungsrecht haben soll, immer mehr um sich zu greifen scheint, vgl. bes. Francke, Beiträge S. 167 fgg., Mayer, Anwachsungsrecht S. 284 fgg., Ders., Erbr. I. §. 65. Not. 4, Witte, das preuß. Intestaterbr. S. 45 fgg., Ders. in Weiske's Rechtslex. I. S. 279 fgg., Hunger, Erbr. §. 130, Wening, Lehrb. §. 439. (auch beibehalten in der Ausgabe von Fritz), Välett, Lehrb. §. 949, Mejer in Schweppe's Handb. V. §. 880, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 163. Not. 16, Brinz, Lehrb. §. 191. S. 808 fgg. — Es wird aber dieser Streit besonders für folgende Fälle geführt: 1) Wenn mehreren Söhnen die Erbschaft deferirt ist, und einer derselben, ohne seinen Theil zu erwerben, mit Hinterlassung von Enkeln hinwegfällt. Hier werden nach der herrschenden Meinung diese Enkel ausgeschlossen, und die Portion des Wegfallenden accreszirt den Brüdern desselben; nach der neuen Lehre erhalten aber die Kinder des Verstorbenen dessen Antheil. 2) Wenn Jemand mit Hinterlassung eines Bruders, Vaters und Großvaters verstirbt, und der Vater fällt nachher hinweg, so erhält nach der gemeinen Theorie der Bruder das Ganze, nach der neuen Ansicht aber konkurriren nun Bruder und Großvater. 3) Wenn einem Bruder und Neffen Anfangs deferirt ist, nachher aber der Bruder mit Hinterlassung eines Sohnes verstirbt, so wird dieser nach der herrschenden Ansicht ausgeschlossen, nach der neueren Theorie aber allerdings zur Succession zugelassen. — Ich halte nun die früher herrschende Lehre für die einzig richtige, und zwar sind hierbei folgende Punkte in besondren Betracht zu ziehen:

1) Der Gedankengang von Francke, dem ausführlichsten Vertheidiger der neuen Meinung, ist im Wesentlichen folgender: „Das Anwachsungsrecht sei seiner Natur nach blos subsidiarisch, und beruhe nur darauf, daß der Verstorbene nicht theilweise beerbt werden könne. Nun sei dasselbe allerdings bei blos theilweisem Wegfallen der Berufenen vor der Nov. 118. stets nothwendig gewesen, weil das Zivilrecht gar keine, das prätorische Recht aber nur in der Klasse unde cognati eine succ. graduum anerkannt habe; in dieser aber habe bei blos theilweisem Wegfallen der berufenen Erben von einer solchen successio doch keine

Rede sein können, weil darin absolute Gradesnähe entschieden habe und also der folgende Grad stets durch die übrig gebliebenen erstberufenen Erben ausgeschlossen worden sei. Alles dieses sei jedoch von Grund aus durch die Nov. 118. geändert worden, indem darnach allgemein eine successio graduum angenommen werden müsse, und damit sei denn auch bei der rein subsidiären Natur des Anwachsungsrechts von selbst ausgesprochen, daß dasselbe unzulässig sei, so lange irgend Jemand vorhanden sei, welcher vermöge der successio, und weil er ein gleiches Recht mit den übrigen noch Berufenen habe, die vakante Portion in Anspruch nehmen könne". — Dieser angebliche subsidiäre Charakter des Anwachsungsrechts, welcher die Basis der Francke'schen Deduktion bildet, ist aber sicher ungegründet. Dasselbe hat vielmehr seinen wahren zivilistischen Grund in dem Dogma, daß man durch Delation der Erbschaft einen Anspruch auf das Ganze erhält, der nur durch den gleichen Anspruch des Mitberufenen beschränkt wird, und also bei dem Wegfallen desselben in volle Kraft tritt. Wie man die Realität dieses Dogma, welches sich meines Erachtens ganz entschieden in der gesammten Theorie des Anwachsungsrechts ausspricht (vgl. unten §. 494 fgg.), darum hat in Abrede stellen können, weil sich damit der Vorzug der Substitution vor der Accretion nicht vereinigen lasse (Francke S. 170), ist mir nicht wohl begreiflich, denn behält man nur den Charakter der Substitution als einer bedingten Institution im Auge, so versteht es sich ganz von selbst, daß, wie bedingte Erbeinsetzungen andrer Art den Anspruch des Mitberufenen wirksam beschränken, dies auch bei derjenigen bedingten Erbeinsetzung der Fall sein muß, welche in der Gestalt der Substitution vorkommt. Muß man nun aber jenes Dogma, und zwar nicht etwa nur als ein subsidiäres, sondern als ein allgemein giltiges, anerkennen, und darf man ferner nicht in Abrede stellen, daß in der successio graduum eine eigentlich neue Delation enthalten sei, eine Delation, die von Anfang an noch gar nicht, auch nicht einmal eventuell vorhanden war: so kann man auch nicht verkennen, daß eine successio graduum im Falle blos theilweisen Wegfallens der ersten Delaten nicht statthaft ist, indem für eine neue Delation kein Raum sein kann, da die frühere noch wirksame schon die ganze Erbschaft erschöpft.

2) Doch aber glauben die Vertheidiger der gegnerischen Meinung einen entscheidenden Beweis für die Richtigkeit ihrer Ansicht in l. 2. §. 18. ad SC. Tertull. (38, 17) gefunden zu haben, denn dieses Gesetz behandelt einen Fall, wo wirklich einmal schon nach ältrem Zivilrechte eine Art von successio graduum vorgekommen sei, und entscheide denselben zum Nachtheil des Anwachsungsrechts. Der Inhalt dieser Stelle ist schon oben mitgetheilt worden, s. S. 32. Dieselbe wird nun von Francke so verstanden, als wenn hier die Erbschaft der Mutter nnd der soror consanguinea deferirt worden sei; schlage Letztere aus, so erfolge jetzt eine neue Delation, nämlich an den Vater, welcher vorher durch die Schwester ausgeschlossen war, und an die Mutter, aber jetzt nicht wieder ex SC. Tertull., sondern ebenfalls in der Klasse unde cognati. Diese Entscheidung sei nun, meint Francke, mit der von ihm angegriffenen Meinung gar nicht zu vereinigen, indem darnach nothwendig nach dem Wegfallen der Schwester die Mutter durch Anwachsungsrecht das Ganze hätte erhalten müssen, und eine neue

Delation an den, bisher durch die **consanguinea** ausgeschlossenen, Vater unstatthaft gewesen wäre. Diese ganze Argumentation fällt aber von selbst zusammen, wenn wir erwägen, daß in dem von Ulpian hier behandelten Falle der Mutter gar nicht eher deferirt wird, als bis die Schwester sich entschieden hat, wie dies nicht nur Ulpian ausdrücklich angiebt (*v. exspectaturam*), sondern wie sich auch von selbst versteht, da ja nach dem SC. Tertull. der Mutter die Erbschaft des Kindes nur dann deferirt wird, wenn der Vater nicht erbt, dies aber erst von der Entscheidung der **consanguinea** abhängt. Offenbar also konnte auch in diesem Falle nicht von einem Accrescenzrechte der Mutter bei dem Wegfallen der Schwester die Rede sein, und damit verschwindet dann von selbst jede zu Gunsten der **successio graduum** aus dieser Stelle von Francke gezogene Folgerung.

3) Geht man von der oben (S. 29 fgg.) vertheidigten Meinung aus, daß es wenigstens im Justinianischen Rechte auch in dem **ordo unde liberi** eine **successio** gegeben habe, so ergibt sich daraus auch ein wichtiges Argument für die hier gebilligte Ansicht. Unter dieser Voraussetzung konnte nämlich auch schon vor Nov. 118. ganz unsre Frage vorkommen, und dennoch wird stets bei nur theilweisem Wegfallen blos das Anwachsungsrecht genannt, und die **successio** nur erst dann als eintretend angenommen, wenn alle zuerst Berufenen weggefallen sind. Namentlich geschieht dies sehr bestimmt in den Institutionen, nämlich in §. 9. J. de bon. poss. (3, 9):

> „Liberis itaque et parentibus in petenda b. possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bon. possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel *si nemo sit deinceps*, ceteris bon. possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset".

Die Ansicht Mayer's S. 290 fgg., daß in den Worten: **ejusd. gradus personis accrescit** gar kein unmittelbarer Bezug auf Anwachsungsrecht liege, sondern der Sinn der Stelle nur der sei: wenn Einer aus einem **ordo** wegfalle, so kämen zunächst die Uebrigen in diesem **ordo** an die Reihe (ob durch Anwachsung oder durch **succ. graduum**, sei hier unbestimmt gelassen); sei aber Niemand in diesem **ordo** mehr vorhanden, dann werde die **possessio** an den folgenden **ordo** deferirt; diese Ansicht, sage ich, ist doch gewiß unhaltbar, und die Verfasser der Institutionen würden den gerechtesten Tadel verdienen, wenn sie den technischen Ausdruck *accrescit* in einem ganz abweichenden vulgären Sinn an einer Stelle gebraucht hätten, wo die Anwendung der technischen Bedeutung einem Jeden so nahe liegen muß. —

Schließlich ist hier noch eine Theorie zu berühren, die abgesehen von manchen Aelteren besonders an *Koch*, **succ. ab. int. §. 102.** einen Vertheidiger gefunden hat, und welcher im Wesentlichen auch Tewes, System S. 126 fgg. beigetreten ist. Koch nämlich unterscheidet, ob der Delat durch Tod oder durch Repudiation weggefallen ist. Im letztren Falle solle die **succ. graduum** stets durch das Anwachsungsrecht ausgeschlossen werden. Im erstren aber seien mehrere Fälle zu unterscheiden. Sterbe nämlich ein Kind oder ein Bruder des

Erblassers mit Hinterlassung von Kindern, so müßten diese allerdings immer vermöge Repräsentationsrechts die Portion ihres weggefallenen Parens erhalten, obwohl noch andre Delaten berufen seien, und eben so müßte auch, wenn der nächstberufene Aszendent wegfalle, die Portion desselben an die entferntren Aszendenten fallen, obwohl noch Geschwister oder Neffen des Erblassers aus der ersten Delation vorhanden seien. In allen übrigen Fällen könne aber von einer successio nur dann die Rede sein, wenn sämmtliche zunächst Berufenen weggefallen seien. — Es leuchtet wohl von selbst ein, daß die ganze Distinktion zwischen Tod und Repudiation des Delaten, so wie die Entscheidung der Fälle, wenn ein Kind oder Bruder mit Hinterlassung von Deszendenten verstirbt, nur in der irrigen Idee eines Repräsentationsrechts ihren Grund hat, und eben darum keiner besondren Widerlegung bedarf. Was aber die anderweite Entscheidung anbelangt, daß nämlich die Portion des wegfallenden nächsten Aszendenten an die entfernteren Aszendenten, nicht aber vermöge Anwachsungsrecht an die mitberufenen Geschwister oder Neffen falle: so hat Koch einen Grund hierfür auch nicht einmal angedeutet. In der That könnte dieselbe nach unsern obigen Ausführungen wohl auch nur dann gerechtfertigt werden, wenn man annehmen dürfte, daß in der zweiten Klasse eigentlich nur Aszendenten gerufen wären, und Geschwister und Neffen neben ihnen nur gleichsam ein accessorisches Erbrecht hätten, etwa ähnlich, wie nach dem SC. Tertull. die Mutter neben der soror consanguinea; eine Annahme, die aber freilich ganz willkührlich wäre, und in Nov. 118. und 127. auch nicht die mindeste Stütze findet, Büchel a. a. O. S. 162 fgg. —

Als Resultat der bisherigen Erörterungen ergibt sich uns folgender Satz: Im neuesten Intestaterbrechte findet zwar eine durchgreifende successio [ordinum et graduum] Statt, aber von dem Eintritt einer solchen kann schlechthin nur dann die Rede sein, wenn sämmtliche zunächst Berufenen weggefallen sind. Wenn nämlich nur Einer oder Einige derselben, einerlei ob durch Tod oder durch Repudiation, weggefallen sind, und es ist nicht zufällig einer der Transmissions-Fälle begründet, so fällt die Portion des Weggefallenen stets vermöge Anwachsungsrechts an die anderweiten Delaten, mit Ausschluß selbst derjenigen Nachberufenen, welche nur durch den Weggefallenen von der Delation ausgeschlossen waren.

Vgl. auch Glück, Intestaterbf. §. 150 fgg., Roßhirt, Erbr. S. 409 fgg., Baumeister, Anwachsungsr. S. 26 fgg. S. 35 fgg., Büchel, Streitfragen S. 82 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 272 fgg., Helmolt a. a. O. S. 33 fgg., Schirmer I. S. 264 fgg., — Thibaut, Syst. §. 855. 9. Aufl. §. 873. (vgl. auch Braun's Erörterungen S. 624 fgg.), Schweppe, Lehrb. §. 880, Mackeldey §. 619, Mühlenbruch §. 632, Puchta, Lehrb. §. 458, Ders. Vorl. ad h. l., Göschen §. 929, Arndts in Weiske's Rechtslex. V. S. 695, Savigny, Syst. VIII. S. 488, Keller §. 471, Dworzak, Beiträge zur Lehre vom jus accresc. S. 12 fg.

E) Ueber den Zeitpunkt der Erbschaftsvertheilung. §. 421.

Anm. In unmittelbarem Zusammenhange mit der im vorigen §en erörterten Streitfrage steht die andere, ob die Erbschaftsvertheilung sich nach dem Zeitpunkt der Delation oder Acquisition bestimme? eine Frage, welche nach dem Justinianischen Rechte nur bei der Aszendenten-Erbfolge, nach deutschem Rechte aber auch in Betreff der Succession der Neffen von großer Bedeutung werden kann. Gesetzt also, es stirbt Jemand mit Hinterlassung eines Bruders, zweier väterlichen Großeltern und eines mütterlichen Großvaters, und der Bruder fällt vor angetretener Erbschaft hinweg; greift jetzt die succ. in lineas Platz, wie dies der Fall sein würde, wenn der Bruder gleich anfänglich nicht da gewesen wäre, oder bleibt es bei der succ. in capita, welche zur Zeit der Delation begründet war? Und ferner, wenn Jemand mit Hinterlassung eines Bruders, eines Neffen von einem, und zweier Neffen von einem andern verstorbenen Bruder verstirbt, und der Bruder fällt vor Erwerbung der Erbschaft hinweg, tritt jetzt succ. in capita ein, oder bleibt es bei der einmal begründeten succ. in stirpes? Diejenigen, welche einen Vorzug der succ. graduum vor dem Anwachsungsrechte statuiren, müssen konsequent den Zeitpunkt der Acquisition als den entscheidenden annehmen, vgl. auch Mayer, Anwachsungsr. S. 251 fgg. und Witte in Weiske's Rechtsler. I. S. 278 fgg., während umgekehrt diejenigen, welche der oben gebilligten Ansicht in Betreff des Verhältnisses der succ. graduum zu dem Anwachsungsrecht folgen, den Zeitpunkt der Delation entscheiden lassen müssen, vgl. auch Glück, Intestaterbf. S. 700 fgg., Baumeister, Anwachsungsr. S. 36 fgg., Büchel, Streitfr. S. 230 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 292 fgg., Arndts in Weiske's Rechtsler. V. S. 695 fg., Helmolt a. a. O. S. 83 fgg., Keller §. 470, Schirmer I. S. 283 fgg. Not., und es ist gewiß eine eben so verwerfliche Inkonsequenz, wenn z. B. Fritz in Wening's Lehrb. §. 436, Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 164. Not. 14. und Brinz, Lehrb. §. 191. S. 810 fg. auf den Zeitpunkt der Delation sehen wollen, obwohl sie die succ. graduum dem Anwachsungsrecht vorgehen lassen, wie wenn umgekehrt z. B. Roßhirt, Erbr. S. 359 fgg. und in seiner Zeitschr. I. S. 283 fgg. und IV. S. 104 fgg. die Vertheilung nach dem Zeitpunkte des wirklichen Erbschaftserwerbs normiren will, obwohl er einen Vorzug des Anwachsungsrechts vor der graduum successio anerkennt. Daß nämlich beide Streitfragen im Grunde völlig identisch sind, leuchtet von selbst ein, wenn man nur erwägt, daß der Eintritt einer neuen Vertheilungsart ganz so, wie die successio graduum, nur gedenkbar ist als Folge einer neuen Delation, und je nachdem man also bei dem Wegfallen blos eines oder einiger Delaten eine neue Delation für statthaft und nothwendig hält, oder nicht, muß man auch die successio graduum und eine neue Vertheilungsart für statthaft und nothwendig erklären, oder man muß beides verwerfen. Doch sind hier noch einige spezielle Gesetze zu prüfen, welche man für den Eintritt einer neuen Vertheilungsart anzuführen pflegt, nämlich die l. 2. §. 18. ad SC. Tertull. (38, 17), und die l. 2. C. ad SC. Orphit. (6, 57). Die erste Stelle muß aber, nach dem im vorigen §en darüber Bemerkten, gewiß als völlig irrelevant angesehen werden, denn da der Mutter bis zur

Entscheidung der soror consanguinea noch gar nicht deferirt ist, so versteht es sich von selbst, daß bei dem Wegfall der Schwester einer neuen Delation und folgeweise einer neuen Erbtheilung nichts im Wege steht. Die l. 2. C. cit. aber lautet:

> „*Non pro numero superstitum mortis matris tempore, sed succedentium, materna scinditur hereditas.* Quapropter si mater vestra te et uno fratre emancipatis, duobus autem aliis in patria positis potestate superstitibus diem functa est, et hi, qui in potestate patris fuerant; priusquam maternam hereditatem sibi quaererent, rebus humanis exemti sunt, inter duos tantum viriles non ambigitur factas portiones“. (*Dioclet. et Maximian.*).

In den unterstrichenen Worten soll aber sicher nicht, wie besonders Mayer a. a. O. auszuführen sucht, angegeben werden, nach welchem Zeitpunkte sich der Maaßstab der Erbvertheilung bestimme, denn diese ganze Frage wäre nach dem Rechte vor Justinian ohne die allermindeste praktische Bedeutung gewesen, und die Aufstellung eines rein theoretischen Prinzips ohne alle praktische Folge kann doch am wenigsten in einem Reskripte erwartet werden, sondern der Inhalt unsrer Stelle ist, wie besonders Büchel S. 250 fgg. treffend ausführt, nur einfach der, daß es bei der mütterlichen Erbschaft, anders wie bei der väterlichen, keinen Erwerb *ipso jure* gebe, und daß also darum bei der Vertheilung nicht auf die Kinder Rücksicht zu nehmen sei, welche im Augenblicke des Todes der Mutter lebten, sondern nur auf diejenigen, welche die Erbschaft wirklich erwerben.

B.

Von der Intestatsuccession aus andern Gründen.

I. Erbrecht der Ehegatten. §. 422.

Dig. XXXVIII. 11, Cod. VI. 18. unde vir et uxor.

II. Erbrecht des parens manumissor? §. 423.

Dig. XXXVII. 12. si a parente quis manumissus sit. — *Mayer*, de hereditate parentis manumissoris. Tub. 1832, Francke, das Recht der Notherben §. 39, *Ejusd.* de manumissorum successione spec. I. II. III. Jen. 1835, Mühlenbruch, Komm. XXXV. S. 219 fgg., XXXVII. S. 356 fgg. Vgl. auch Mayer, Erbr. I. §. 84. [85] Not. 5 und 6. S. 200 fgg., Arndts in Weiske's Rechtsl. V. S. 681 fg., Schirmer I. S. 191 fg. Not.

III. Erbrecht des Verpflegers eines Wahnsinnigen. §. 424.

IV. Successionsrecht des socius liberalitatis imperialis. §. 425.

Cod. X. 14. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit.

V. Successionsrecht gewisser Korporationen. §. 426.

Cod. VI. 62. de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium militum et fabricensium.

Drittes Kapitel.

Von der Erbfolge aus einem Testamente.

Stryk, de cautelis testamentorum (in opp. praest. P. III); Westphal, Theorie des röm. Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Leipzig 1790, Roßhirt, testam. Erbrecht bei den Römern. 2 Abtheilungen. Heidelb. 1840, Heimbach in Weiske's Rechtslex. X. S. 713 fgg.

Abschnitt I.

Von letztwilligen Verfügungen überhaupt.

I. Begriff und Arten letztwilliger Verfügungen. §. 427.

II. Von den Subjekten.

1) Von der s. g. aktiven Testamentifaktio. §. 428.

Inst. II. 12. quibus non permittitur facere testamentum; Dig. XXVIII. 1. qui testamenta facere possunt (et quemadm. testamenta fiant); Cod. VI. 22. qui testam. facere possunt, vel non. — Zimmern, Grundr. des Erbr. S. 49 fgg., Glück XXXIII. S. 347 fgg., XXXIV. S. 53 fgg., Heimbach a. a. O. S. 716 fgg., Vering S. 238 fgg., Lewes, Syst. §. 21.

Anm. Testirunfähig sind

I. aus natürlichen Gründen 1) Wahnsinnige, obwohl dieselben nach einer Entscheidung Justinian's in lichten Zwischenräumen allerdings testiren können, l. 9. C. h. t.; 2) Prodigi, indem dieselben hier, wie öfter den Wahnsinnigen gleichgestellt werden, l. 18. pr. h. t., §. 2. J. h. t. Daß unter prodigus nicht jeder Verschwender, sondern nur derjenige verstanden wird, über welchen die Prodigalitäts-Erklärung ausgesprochen ist, versteht sich eben so sehr von selbst, wie daß die erfolgte Besserung des Lebenswandels nicht hinreicht, um die Testirfähigkeit wieder zu verschaffen, sondern daß dazu eine förmliche Aufhebung der Kuratel erforderlich ist. Wenn übrigens Manche behaupten, die prodigi könnten h. z. T. ein Testament machen, vgl. z. B. Hoppe, Lehre von juridischen Verschwendern §. 12. 14, so ist dies eine schlechthin ungegründete Behauptung, die auch natürlich durch die Berufung auf Nov. Leon. 39. keine haltbare Basis erlangen kann, Glück XXXIII. S. 377 fgg. — 3) Unmündige; über die hierbei anzuwendende Komputation vgl. Bd. I. S. 335 fgg. — 4) Taubstumm-Geborne, Gensler im ziv. Arch. III. 22, Glück a. a. O. S. 366 fgg., Sell in sein. Jahrb. II. S. 432 fgg. Nach älterem röm. Rechte konnte weder der Taube noch der Stumme ein Testament machen, der Erstre, weil er die Worte des familiae emtor nicht hören, der Letztre, weil er die Nunkupationsworte nicht aussprechen konnte, *Ulp.* XX. 13. Nur ein Privilegium des Prinzeps konnte hier aushelfen, l. 7. h. t., was jedoch den Soldaten ganz allgemein gegeben war, l. 4. de test. mil. (29, 1), §. 2. J. de milit. test. (2, 11). Justinian aber verordnete, daß der Taube und Stumme, und der Taubstumme, sofern er dies nicht von Natur sei, ein schriftliches oder mündliches Testament machen könnten, der Letztere jedoch nur ein eigenhändig geschriebenes; daß aber der Taubstumm-Geborne keine testamenti factio haben solle, l. 10. C. h. t., §. 3. J. h. t. Hiernach also bedarf der Stumme und der taubstumm Gewordene, nur wenn er nicht schreiben kann, der taubstumm Geborne aber selbst in diesem Falle eines Privilegs des Regenten. Dies kann auch schwerlich durch die Notar.-Ordn. Tit. von Testam. §. 4. („Item, es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können: denn welcher deren keins könnte, der wird darin einem Todten gleich geachtet, und mag kein Testament machen") als abgeändert angenommen werden, wie doch Gensler a. a. O. S. 370 fgg. und Glück S. 374. glauben, denn abgesehen davon, daß dies nur eine fast wörtliche Uebersetzung der l. 29. C. de test. (6, 23) ist, und schon darum nicht an eine Abänderung des römischen Rechts gedacht werden kann, so ist dort offenbar auch nur gesagt, daß Niemand testiren könne, welcher nicht verständlich sprechen oder zu schreiben verstehe, keineswegs aber auch, daß Jeder, der dies verstehe, ein Testament machen könne. Freilich passen diese gesetzlichen Bestimmungen sehr schlecht zu dem jetzigen Zustand des Taubstummen-Unterrichts, aber dies kann uns natürlich nicht berechtigen, über die gesetzlichen Vorschriften hinauszugehen, vgl. auch Sell a. a. O. S. 439 fgg. Nur wenn der Taubstumm-Geborne artikulirt sprechen gelernt hat — was h. z. T. bekanntlich nichts Seltenes ist — bedarf er keines Privilegs, indem ja Justinian nur dann die testamenti factio abspricht, „si quis utroque

morbo simul laborat, id est ut neque audire, neque loqui possit", während dies dann, „si infortunium discretum est" anders sein soll, vgl. auch Sell a. a. O. S. 443 fgg. — Krankheit, Alter, Gebrechen heben die Testirfähigkeit nicht auf, sofern nur die physische Möglichkeit einer gehörigen Testamentserrichtung noch vorhanden ist, l. 2. 10. 17. h. t., l. 3. pr., l. 5. C. h. t.

II. Testirunfähig sind auch Hauskinder, mit Ausnahme des pecul. castrense und quasi-castr., pr. J. h. t., l. 16. pr. h. t., l. 3. §. 1, l. 11. 12. C. h. t., und zwar können Hauskinder nicht blos als Soldaten, sondern auch nachher über das kastrensische Pekulium testiren, vorausgesetzt nur, daß sie nicht schimpflich entlassen wurden, pr. J. cit., l. 26. §. 1. de test. milit. (29, 1). Ohne Zweifel bezieht sich dies Verbot der testamenti factio auch auf das s. g. pecul. advent. regulare und irregulare, vgl. bes. l. 11. C. h. t., und selbst nicht einmal für den Fall, wenn dem Sohne etwas unter der Bedingung hinterlassen oder geschenkt wird, daß der Vater keinen Nießbrauch daran haben solle, läßt sich eine Ausnahme rechtfertigen, obwohl sich für eine solche Viele auf die Nov. 117. c 1. §. 1. berufen: „licentiam habeant, quo volunt modo *disponere*". Im griechischen Text steht aber διοικεῖν, was nicht mit disponere, sondern mit administrare zu übertragen gewesen wäre, wie dies auch wirklich von Hombergk geschehen ist. Wie wenig auch der Kaiser an letztwillige Bestimmungen bei jenem Worte gedacht habe, geht theils aus der Hervorhebung der Großjährigkeit hervor („si quidem *perfectae aetatis* sint"), während doch zur Testaments-Errichtung blose Mündigkeit genügen würde, theils und besonders daraus, daß es unmittelbar nach den ausgezogenen Worten heißt: sei der Sohn noch minderjährig, so sollten dergleichen Sachen von dem, den der Erblasser oder Schenker dazu bestimmt hätten, „διοικεῖσθαι", was hier auch die Vulg. richtig mit gubernari übersetzt. Offenbar wollte also der Kaiser mit jenen Worten nur sagen, dem großjährigen Kinde solle in einem solchen Falle freie Verwaltungs-Befugniß zustehen, und er denkt nicht daran, demselben auch Dispositions-Befugniß auf den Todesfall einräumen zu wollen. Vgl. Glück XXXIV. S. 124 fgg. und die dort S. 137 fgg. Angeff., Marezoll in der Gießer Zeitschr. VIII. S. 431 fgg., Hunger, Erbr. S. 42, Schweppe, Hdb. §. 787, Heimbach a. a. O. S. 726, Vering, Erbr. S. 240. und die Lehrbb. von Thibaut §. 948, Wening §. 442, Mühlenbruch §. 641, Puchta §. 463, Göschen §. 791, Mayer, Erbr. I. §. 7, Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 167, Arndts §. 484, Keller §. 482. u. A. m. Daß die Einwilligung des Hausvaters diesen Mangel der Testirfähigkeit nicht aufheben kann, versteht sich von selbst, l. 6. pr. h. t. und nur bei der mortis causa donatio pflegt man anzunehmen, daß dieselbe mit Einwilligung des Vaters giltig geschehen könne. Die Gesetze, welche man hierfür anführt, l. 7. §. 4. de donat. (39, 5), l. 25. §. 1. de mort. c. donat. (39, 6) reden aber nur von dem Pekulium profektitium, wobei sich auch die Zulässigkeit einer solchen Handlung ganz von selbst versteht, indem hier ja der Vater der wahre Eigenthümer ist, und der ganze Akt im Grunde nur als eine durch den Tod des Sohns bedingte Schenkung von Seiten des Vaters erscheint, vgl. l. 9. §. 2. de donat., l. 11. de mort. c. donat. Dies paßt aber durchaus nicht auf das s. g. Pekulium adventitium,

bei dem vielmehr die allgemeine Regel, daß das Hauskind keinerlei Verfügung auf den Todesfall zu treffen berechtigt sei, in voller Schärfe eintreten muß, vgl. bes. Fritz im ziv. Arch. VI. 9. und s. auch Glück a. a. O. S. 143 fgg., Sintenis cit. Not. 10. Doch ist auch noch h. z. T. die entgegengesetzte Meinung vorherrschend, vgl. z. B. die Lehrbb. von Mühlenbruch §. 641. Not. 11, Puchta §. 463. Not. 5, das Handb. von Schweppe §. 947. u. A. m. — Die andre Ausnahme, die man noch wegen cap. 4. de sepult. in 6to (3, 12) anzunehmen pflegt, daß nämlich das Hauskind mit Einwilligung des Vaters auch ad pias causas letztwillige Verfügungen treffen dürfe, ist gewiß nur auf den eben bemerkten Fall der mort. c. donat. zu beschränken, so daß also auch in dieser Beziehung keine wahre Ausnahme von unsrer Regel angenommen werden kann, vgl. auch Glück a. a. O. S. 141 fgg. und die da Angeff., Puchta, Mayer, Sintenis a. d. aa. OO.

Das Resultat ist, daß Hauskinder über das pecul. castr. und quasi-castr. ganz frei, über das pecul. advent. gar nicht mortis causa disponiren, und über das pecul. profect. nur mit Einwilligung des Vaters eine mort. c. donatio vornehmen können.

III. Die testamenti factio fehlte auch nach röm. Rechte den Sklaven (also natürlich auch den Kriegsgefangenen und Geißeln) und den Peregrinen, welche Letztren jedoch, sofern sie einem andern bestimmten Staate angehörten, allerdings nach den Gesetzen dieses Staates testiren konnten, Ulp. XX. 14. Hieraus erklären sich auch von selbst die Grundsätze des röm. Rechts über die Testirunfähigkeit der Kapitalverbrecher. Darnach ging nämlich die testam. factio durch jede Strafe verloren, welche mit einer capit. deminutio maxima (servitus poenae), oder mit einer capit. deminutio media verbunden war, wovon das Erstre von selbst begreiflich ist, das Andre sich aber daraus erklärt, weil der Verurtheilte Peregrine wurde, und doch keinem andren Staate angehörte, wodurch das Recht, ein Testament zu machen, von selbst wegfallen mußte, vgl. l. 6. §. 6 sqq. de inj. rupt. irr. test. (28, 8), l. 1. §. 2. de leg. III, l. 8. §. 1. qui test. fac. poss., l. 7. §. 3. de interd. et releg. (48, 8). Die freilich mit jenen Strafen auch verbundene Vermögens-Konfiskation war also durchaus nicht der rechtliche Grund der Testirunfähigkeit, sondern wäre höchstens nur ein faktischer gewesen, und hieraus geht denn auch von selbst hervor, daß durch Nov. 134. c. 13. jene Testirunfähigkeit nicht aufgehoben ist, da hierdurch zwar die Konfiskation zu Gunsten gewisser Verwandten beschränkt, aber nicht auch die capit. deminutio des Verurtheilten aufgehoben wurde, so wie auch die theilweise Aufhebung der serv. poenae in Nov. 22. c. 8. für unsre Frage darum irrelevant ist, weil die Verurtheilten doch wenigstens peregrini wurden, und als solche nicht testiren konnten. — Wenn nun hiernach auch noch im neuesten röm. Rechte die Testirunfähigkeit der so Verurtheilten behauptet werden muß, so muß sich dies doch nach deutschem Rechte ganz anders verhalten, denn Verlust des status libertatis kann darnach gar nicht mehr vorkommen, und der Verlust der Zivität hat anerkannt keinen Einfluß mehr auf privatrechtliche Gerechtsame, namentlich auf testamenti factio; vgl. auch Auth. Frid. omnes peregrini C. comm. de succ. (6, 59). Was aber das faktische Hinderniß der letztern,

nämlich die Vermögens-Konfiskation anbelangt, so ist dieses in den meisten Fällen ebenfalls hinweg gefallen, indem die Konfiskation nie mehr als die stillschweigende Folge der Verurtheilung, sondern nur noch bei denjenigen Verbrechen vorkommen kann, bei denen dieselbe ausdrücklich als Strafe festgesetzt ist, wie z. B. bei dem Majestätsverbrechen, P. G. O. Art. 135. 218. vgl. mit Wächter im neuen Arch. des Kriminalr. X. S. 641 fgg. Aber selbst in den letztern Fällen muß man die Möglichkeit eines Testaments anerkennen, wenn man nur bedenkt, daß nach deutschem Rechte durch die Konfiskation blos das zur Zeit des Urtheils vorhandene Vermögen, nicht aber die Erwerbsfähigkeit selbst eingebüßt wird, und daß also leicht möglich nach dem Urtheile von dem Kondemnirten noch Vermögen erworben und darüber auch testirt werden kann. Vgl. bes. Wächter im civ. Arch. XVII. S. 423 fgg.; s. jedoch auch Mühlenbruch, Komm. XXXIX. S. 37 fgg., welcher auch h. z. T. wenigstens dann noch Testirunfähigkeit annehmen will, wenn Vermögens-Konfiskation und Verurtheilung zur Todesstrafe zusammentreffen.

IV. In manchen Fällen sprechen die Gesetze zur Strafe wegen begangener Verbrechen die Testirfähigkeit ab (vgl. Glück XXXIV. S. 65 fgg., v. Buchholtz, jurist. Abhh. Nro. 5, Wächter im civ. Arch. XVI. Nro. 14).

1) Sehr allgemein ist die Behauptung, daß durch cap. 2. de usur. in 6to (5, 5) notorische Zinswucherer für testirunfähig erklärt worden seien, und demgemäß pflegt man dieselben auch noch nach heutigem Rechte als intestabiles aufzuführen. Dies wäre jedenfalls schon zu allgemein ausgedrückt, da der usurarius in jener Dekretale nur dann für intestabilis erklärt wird, wenn er nicht für die Restitution der gezogenen Zinsen Sorge getragen habe. Aber auch abgesehen hiervon muß wohl der ganze Satz als unwahr verworfen werden, denn usurarii sind gar nicht Zinswuchrer, sondern Zinsnehmer, indem bekanntlich das Kanon. R. alles und jedes Zinsennehmen verboten hatte. Nach deutschem Rechte giebt es aber ein usurarium crimen in diesem Sinne gar nicht mehr, und es muß daher die Strafbestimmung des Kanon. Rechts mit dem Verbrechen selbst als hinweggefallen betrachtet werden. Man darf diese Bestimmung aber auch um so weniger auf unsren Zinswucher anwenden wollen, da für diesen die Reichsgesetzgebung ausführliche Strafbestimmungen enthält, unter denen sich aber nicht auch die Testirunfähigkeit befindet. Wächter a. a. O. S. 421 fgg.

2) Man führt auch noch h. z. T. ziemlich allgemein die Ketzer und Apostaten als intestabel auf. Dies wäre schon nach röm. R. zu weit, da hier überall nur gewisse Ketzer von der testamenti factio ausgeschlossen werden, l. 4. §. 5. C. de haeret. (1, 5), l. 3. C. de apost. (1, 7), Nov. 115. c. 3. §. 14, v. Buchholtz a. a. O. S. 117 fgg. Für unser heutiges Recht ist aber davon durchaus kein Gebrauch mehr zu machen, da durch anerkannte staatsrechtliche Prinzipien und bestimmtes Gewohnheitsrecht Ketzerei und Apostasie aus der Reihe der Verbrechen ganz verschwunden sind, und damit auch jede Strafe als aufgehoben betrachtet werden muß; Wächter a. a. O. S. 438 fgg.

3) Als intestabiles führt das röm. Recht die Pasquillanten auf, l. 18. §. 1. h. t. Wächter a. a. O. S. 437 fgg. hält mit den meisten

Kriminalisten auch diese Vorschrift für unpraktisch, weil in der Karolina für die bedeutendste Art des Pasquills, die Schmähschrift im techn. Sinn, besondre Strafen festgesetzt seien, unter denen sich die Intestabilität nicht befinde, P. G. O. Art. 110; trete nämlich für die strafbarste Spezies des Verbrechens die Testirunfähigkeit nicht mehr ein, so müsse sie gewiß auch für das Vergehen des Pasquills im engr. Sinne hinwegfallen. Ich kann diese Argumentation nicht für beweisend halten; denn abgesehen davon, daß aus dem Stillschweigen im Art. 110. noch keineswegs die Aufhebung der Intestabilität gefolgert werden darf, so würde auch, selbst wenn man dies annehmen dürfte, daraus noch kein Schluß auf die übrigen Arten des Pasquills gemacht werden können, da der Grund jener Aufhebung dann doch offenbar nur in der besondren Größe der neuen für die Schmähschrift eingeführten Strafe (nämlich der Talion) gefunden werden könnte, dieser Grund aber für die übrigen Arten des Pasquills, deren Strafe in der Karolina nicht geschärft ist, nicht passen würde. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 734.

4) Wenn man gewöhnlich lehrt, der Inzestuose könne nur gewisse nahe Verwandte zu Erben einsetzen, so unterscheidet man wohl nicht scharf genug das neueste römische Recht von dem früheren. Jene Bestimmung kommt nämlich allerdings in l. 6. C. de inc. nupt. (5, 5) vor; aber dieses Gesetz ist durch Nov. 12. völlig aufgehoben, worin neben der Strafe der Verweisung bestimmt wird, der Verbrecher solle sogleich sein ganzes Vermögen an seine Deszendenten und in deren Ermangelung an den Fiskus verlieren. In Betreff des später etwa erworbenen Vermögens ist aber nichts bestimmt, und hierüber muß er also allerdings ganz frei disponiren dürfen, denn die Beschränkung der l. 6. C. cit. kann nicht auch auf die Nov. 12. herübergetragen werden; Wächter a. a. O. S. 434 fgg., Heimbach a. a. O. S. 733 fg.

Uebrigens gilt noch die Regel, daß auch derjenige kein giltiges Testament machen kann, welcher zwar die testamenti factio hat, aber über das Vorhandensein derselben im Ungewissen ist, Ulp. XX. 11, l. 14. 15. h. t., l. 1. pr. de legat. III. Daß Soldaten und *veterani* dennoch giltig testiren können, wenn sie auch zweifelhaft sind, ob sie sui juris oder filii familias sind, l. 11. §. 1. de test. mil. (29, 1), l. 9. de jure codicill. (29, 7) kann nicht als eine eigentliche Ausnahme von jener Regel angesehen werden, da dieselben ja auch als filiifamilias ein Testament errichten dürfen (s. oben bei II), und ihr Zweifel also nicht als ein Zweifel über die testamenti factio erscheint; vgl. Fein, Forts. des Glück'schen Komm. XLIV. S. 34 fgg.

2) Von der Person des Honorirten. §. 429.

Inst. II. 14. Dig. XXVIII. 5. de heredibus instituendis; Cod. VI. 24. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. — Mühlenbruch, Komm. XXXIX. S. 117 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 15 fgg., Arndts in Weiske's

Rechtsler. III. S. 908 fgg., **Sintenis**, prakt. Zivilr. III. §. 167. II, **Tewes**, Syst. §. 22, **Schirmer**, Handb. §. 4. S. 26 fgg., **Köppen**, Syst. S. 291 fgg.

Anm. 1. Was die Person der Honorirten anbelangt, so müssen seit der **lex Julia et Papia Poppaea** zwei Fragen scharf von einander unterschieden werden, nämlich: wer kann in dem Testamente Jemandes gar nicht, oder doch nur unter gewissen Schranken bedacht werden? und: wer kann aus dem Testament Jemandes nichts erwerben? Obwohl diese Unterscheidung auch für das Justinianische Recht nicht ohne alle Bedeutung, und für das richtige Verständniß der Quellen jedenfalls sehr wichtig ist, so wurde dieselbe doch in den früheren Zeiten fast gänzlich ignorirt, und nur erst in unsren Tagen, seit **Müller** über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. S. 82 fgg. den Anstoß dazu gab, wird ihr die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt, vgl. **Zimmern** in der Tüb. Zeitschr. III. S. 240, v. **Schröter** in der Gießer Zeitschr. II. S. 120 fgg., **Hasse** im Rhein. Mus. III. S. 411 fgg., **Arndts** das. V. S. 212 fgg. Rechtsler. a. a. O. S. 908 fgg., **meine Schrift** über die **Latini Juniani** S. 112 fgg., **Hunger**, Erbr. S. 228 fgg., **Mühlenbruch**, Komm. XXXVIII. S. 360 fgg., XXXIX. S. 117 fgg., bes. S. 158 fgg., **K. A. Schneider**, das altzivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837. S. 180 fgg., **Mayer**, Erbr. §. 15 u. A. m. Es kommt dabei besonders auf folgende Punkte an:

I. Wo die Römer genau sprechen, da wird auch dem Ausdruck nach zwischen dem Mangel der Institutions- und dem der blosen Erwerbs-Fähigkeit unterschieden. Für die Fälle der ersten Art wird nämlich die *testamenti factio* abgesprochen („mihi cum Titio non est testamenti factio"), für Fälle der letztren Art aber blos die Kapazität in Abrede gestellt („Titius nil capere potest ex meo testamento"). Da jedoch der Institutionsunfähige auch immer erwerbsunfähig ist, so erklärt es sich leicht, daß der Ausdruck: Inkapazität bisweilen auch für Fälle der mangelnden s. g. test. factio passiva gebraucht wird, so wie auch das Wort capere manchmal bei demjenigen angewendet wird, welcher jure antiquo erwirbt, vgl. z. B. Gai. II. 110, Ulp. XVII. 1. §. 4. J. de hered. qual. et diff. (2, 19), l. 29. §. 2, l. 82. §. 2. de leg. II; und nicht weniger kommt es aus leicht begreiflichem Grunde vor, daß dann, wenn auch die solidi capacitas da ist, von einer libera testamenti factio die Rede ist, Ulp. XVI. 1. Dies kann jedoch natürlich nicht einmal die Terminologie, viel weniger den Begriffs-Unterschied selbst unsicher machen.

II. Der praktisch wichtige Unterschied zwischen Institutions- und Erwerbs-Unfähigkeit tritt besonders in Folgendem hervor. Wenn der Römer sagt: mihi cum Titio non est testamenti factio, so heißt dies, wie unmittelbar aus den Worten hervorgeht, so viel: ich darf mit dem Titius das Testamentsgeschäft nicht eingehen, ich darf denselben nicht bedenken, und daraus folgt von selbst, daß eine Disposition, in welcher dagegen gefehlt wurde, als gar nicht getroffen angesehen werden (vgl. z. B. l. 49. §. 1. de hered. instit., §. 4. J. de hered. qual. et diff.) und also nach bekannten Grundsätzen auch dadurch nicht wirksam

werden kann, daß der Honorirte nachher in eine Lage kommt, in welcher das Testamentsgeschäft hätte abgeschlossen werden können, l. 201. 210. de R. J. Kurz, die s. g. testam. factio passiva muß unbedingt zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden sein. — Ganz anders verhält sich dies, wenn Jemandem blos das *capere* aus dem Testamente eines Andern untersagt ist, denn hier kann es, wie ebenfalls schon aus den Worten hervorgeht, nicht auf die Fähigkeit im Augenblicke der Testamentserrichtung, sondern nur auf die Zeit ankommen, wo der Erwerb gemacht werden soll, vgl. bes. l. 52. de leg. II. (Terent. Clem. lib. III. ad leg. Jul. et Pap.): „Non oportet prius de conditione cujusquam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertinet"; l. 62. pr., l. 78. §. 3. de hered. instit. (28, 5), l. 11. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 5. de reg. Caton. (34, 7), l. 22. de mort. c. donat. (39, 6), l. 3. §. 2. de jure fisci (49, 14). — Ulp. XVII. 1, XXII. 3. Zwar glaubt v. Schröter a. a. O., daß auch die Kapazität im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein müsse; aber diese Ansicht beruht auf einem ganz augenscheinlichen Mißverständniß der l. 62. de hered. inst., vgl. meine Schrift über Lat. Jun. S. 113 fgg. Not. 20. (wo eine Erklärung der l. 62. cit. gegeben ist, durch welche auch die ganz grundlose Annahme von Schneider a. a. O. S. 184. widerlegt wird: es sei die l. 62. cit. gar nicht auf die Kapazität, sondern vielmehr auf test. factio passiva zu beziehen). — Mit dem eben besprochenen Unterschied hing aber unmittelbar noch ein andrer zusammen. Die lex Julia et Pap. Popp. machte nämlich bekanntlich einen sehr beträchtlichen Unterschied zwischen dem, was pro non scripto angesehen wurde und dem caducum. In Betreff des Erstren ließ sie das alte Recht ungeändert, und namentlich traten also in die auf solche Weise wegfallende Portion regelmäßig die Miterben vermöge des Anwachsungsrechts ein. Für die kadukwerdende Portion behielt sie aber dieses Anwachsungsrecht nur zu Gunsten weniger besonders privilegirter Personen bei, Ulp. tit. XVIII, l. un. pr. C. de cad. toll., und ordnete Statt desselben die sich davon sehr wesentlich unterscheidende caducorum vindicatio an, vgl. Hugo II. Rechtsgesch. S. 763, Rudorff in der gesch. Zeitschr. VI. Nr. 6. Es wurde aber im Allgemeinen pro non scripto alles dasjenige angesehen, was sogleich bei der Errichtung nichtig war, und namentlich also auch das, was Jemandem, mit dem man keine testam. factio hatte, hinterlassen war, vgl. z. B. l. 3. pr. de his, quae pro non script. hab. (34, 8). Niemals gehörte aber dahin auch das, was blos darum hinwegfiel, weil es einem incapax hinterlassen war, sondern dieses wurde in der Regel kaduk, Ulp. XVII. 1. Ich sage: in der Regel; denn wenn es auch ohne Ausnahme wahr ist, daß es nicht pro non scripto angesehen wurde, so war doch auch gerade nicht die Kaduzität die nothwendige Folge. In Betreff der Indigni war dies nämlich gewiß nicht der Fall, und ob es bei den Orbi der Fall gewesen sei, ist wenigstens nicht unbestritten, vgl. Schneider a. a. O. S. 99 fgg., bes. S. 121 fgg.

III. Als incapaces in dem bisher entwickelten Sinne kommen aber, abgesehen von den Indigni (von welchen am Schlusse dieses Buchs in §. 565. besonders zu handeln ist), folgende Personen vor:

1) Nach der Vorschrift der *lex Julia et Papia Poppaea* ist die Erwerbsfähigkeit ganz oder zum Theil abgesprochen:

a) dem coelebs, dem orbus und dem pater solitarius, welche Begriffe meiner — hier freilich nicht näher zu begründenden — Ueberzeugung nach so zu bestimmen sind, daß *coelebs* derjenige ist, welcher weder verheirathet ist, noch auch Kinder hat; *orbus* derjenige, welcher zwar verheirathet, aber kinderlos ist, *pater solitarius* endlich derjenige, welcher zwar Kinder hat, aber nicht verheirathet ist. Der Cölebs ist ganz incapax, Gai. II. 111. 144. 286, Ulp. XVII. 1, XXII. 3, Sozomen. hist. eccles. I. 9, und der Orbus kann blos die Hälfte des Hinterlassenen capere, Gai. II. 286, Sozomen. cit., Juvenal. Satyr. 9. vers. 83. 87. 88. Wie es sich mit dem pater solitarius verhalten habe, ist unbekannt, da uns hierüber nichts, als das blose Wort in der Rubrik von Ulp. tit. XIII. („De coelibe, orbo et solitario patre") erhalten ist. Sehr wahrscheinlich konnte derselbe, eben so wie der orbus, nur die Hälfte capere, da auch er nur zur Hälfte den gesetzlichen Vorschriften nachgekommen war. — Uebrigens konnten in manchen Fällen die coelibes u. s. w. auch solidum capere, z. B. wegen zu jugendlichen oder wegen zu hohen Alters, wegen Verwandtschaft mit dem Testator u. dgl.

b) Ehegatten unter einander konnten nur *decimam* capere, und außerdem noch den Nießbrauch von ⅓ des Vermögens, ja sogar „quandoque liberos habuerint" das Eigenthum dieses Drittheils. Ueberdies wurde für jedes lebende Kind aus früherer Ehe, und eben so für jedes verstorbene gemeinschaftliche, so lange ihrer nicht über zwei waren, und dieselben nach dem dies nominum und vor Vollendung des dritten Lebensjahrs gestorben waren, noch ein Zehntheil zugegeben, Ulp. tit. XV, und in manchen Fällen waren auch Ehegatten unter einander solidi capaces, Ulp. XVI. 1.

Wenn sich übrigens diese Vorschriften der lex Julia et Pap. Poppaea ursprünglich auch nur auf Erbeinsetzungen und Legate bezogen, so wurden dieselben doch durch einen besondren Senatsbeschluß auch auf *mortis causa donationes* angewendet, l. 35. de mort. c. donat., vgl. l. 9. eod., und das SC. Pegasianum dehnte dieselben auch auf Fideikommisse aus, Gai. II. 286.

2) Nach einer Bestimmung der *lex Junia Norbana* wurden auch *Latini Juniani* für incapaces erklärt, Gai. I. 23. 24, II. 110. 275; Ulp. XVII. 1, XXII. 3, XXV. 7. Auch diese Vorschrift bezog sich ursprünglich nur auf Erbeinsetzungen und Legate, und dieselbe wurde auch niemals auf Fideikommisse ausgedehnt, Gai. II. 285, Ulp. XXV. 7, obwohl sie allerdings auf mortis causa donationes bezogen wurde, Vat. fr. §. 259; meine Schrift über die Latini Jun. S. 112 fgg.

3) Nach einer Verordnung von Domitian ist den probrosae feminae (also namentlich Huren und Schauspielerinnen) das jus capiendi legata hereditatesque entzogen, Sueton. Domit. c. 8, und nach einem Reskript von Hadrian soll dies nicht einmal bei einem Soldaten-Testament eine Ausnahme leiden, l. 41. §. 1. de test. milit. (29, 1), während eine solche mulier famosa doch allerdings ex SC. Tertulliano zur gesetzlichen Erbfolge ihrer Kinder zugelassen wird, l. 2. §. 4. ad SC. Tert. (38, 17). Daß eine solche Frau dann, wenn sie zur Zeit der Delation ihren ehrlosen Lebenswandel aufgegeben hat, die

Erbschaft wirksam antreten kann, verstand sich allgemeinen Grundsätzen nach von selbst — und auch die blos von dem Eheverbote redende l. 43. §. 4. de R. N. (23, 2) spricht nicht dagegen, wie Sell cit. S. 447 fg. irrig annimmt —, wurde aber doch auch noch besonders von Justinian (oder Justinus, s. Sell cit. Not. 56) eingeschärft, l. 23. C. de nupt. (5, 1). Vgl. Marezoll, bürgerl. Ehre S. 237 fgg., Mühlenbruch XXXIX. S. 262 fgg., Sell in sein. Jahrbb. III. S. 425 fgg. (Die Deutung, welche Savigny, Syst. II. S. 557. der Stelle des Sueton gibt, daß nämlich Domitian nur verfügt habe, feminae probrosae sollten ungeachtet ihres schändlichen Gewerbes und der dadurch gleichsam erzwungenen Ehelosigkeit doch den Strafen des Cölibats unterliegen, ist doch wohl zu künstlich, und mit der Rezeption jenes Rechtssatzes in die Justinianische Gesetzgebung nicht leicht vereinbar).

IV. Diese Inkapazitätsfälle sind, abgesehen von der Erwerbsunfähigkeit der *mulieres probrosae* und wegen Indignität, im Justinianischen Rechte hinweggefallen, l. un. C. Th. de infirm. poen. coelib. et orbit. (8, 16), l. 1. C. J. eod. (8, 58) — l. 2. 3. C. Th. de jure liberor. (8, 17), l. 2. C. J. de infirm. poen. coelib. (8, 58), l. 1. C. de jure liberor. (8, 59), Nov. 78. c. 5. — l. un. C. de Lat. libert. toll. (7, 6), und da hier auch das besondre Recht der caducorum vindicatio aufgehoben ist, l. un. C. de caduc. toll. (6, 51), so leuchtet von selbst ein, daß der Begriff der Inkapazität im Gegensatz von mangelnder testamenti factio passiva h. z. T. nicht mehr von so unmittelbarer praktischer Bedeutung ist, als früher. Doch aber ist eine scharfe Auffassung dieses Unterschieds auch noch jetzt besonders darum wichtig, weil man sich nur dadurch vor nicht unbeträchtlichen Mißverständnissen unsrer Quellen hüten kann. Mehrfache Belege hierzu werden in der Folge noch berührt werden; hier nur noch ein Beispiel! Ganz allgemein (und auch noch von Mayer, Erbr. I. S. 45. Anm. 1) wird es als ein unzweifelhafter Satz aufgeführt, daß auch ein solcher, dem die testamenti factio passiva fehle, giltig unter der Bedingung eingesetzt werden könne, „wenn er die test. factio erhalte", und man beruft sich dafür auf l. 62. de hered. instit. („In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: *L. Titius, quum capere potuerit, heres esto*"). Augenscheinlich aber spricht dieses Gesetz nur von der Kapazität, und muß auch schlechterdings darauf beschränkt werden, denn mit demjenigen, dem die testamenti factio fehlt, kann, dem Begriffe derselben zufolge, das Testamentsgeschäft schlechthin nicht abgeschlossen werden, auch nicht unter einer Bedingung, und also auch nicht unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit. Sollte es wohl je ein römischer Jurist für möglich gehalten haben, einen Peregrinen unter der Bedingung zum Erben einzusetzen, wenn er civis Romanus werden würde! Wenn Mühlenbruch a. a. O. S. 145 fgg. zwar wohl die theoretische Richtigkeit dieser Ansicht anerkennt, aber dennoch die gemeine Lehre in Schutz nimmt, weil sie doch nun einmal allgemein angenommen sei, so kann man ihm gewiß nicht beistimmen, da hier von einem Gewohnheitsrechte offenbar keine Rede ist, sondern lediglich ein theoretischer Irrthum vorliegt, welcher besserer Einsicht weichen muß; vgl. auch Arndts, Rechtsler. cit. S. 910 fg.

Anm. 2. Abgesehen von der, im Justinianischen Rechte fast gänzlich aufgehobenen Rechtsregel, daß *personae incertae* nicht instituirt werden können

(Anm. 3), und abgesehen ferner von den Fällen der Successions-Unfähigkeit überhaupt (§. 404), sind hier noch folgende Fälle beschränkter **testamenti factio passiva** (nicht bloser Inkapazität, wie z. B. Brinz §. 205. S. 861, Keller §. 592, Köppen, Syst. S. 301. 316 fgg. annehmen) zu erwähnen:

I. Wenn ein Mann eheliche Deszendenten hat, so darf er seinen Konkubinenkindern und deren Mutter zusammen nur $\frac{1}{12}$, der Konkubine allein $\frac{1}{24}$ hinterlassen, und ist doch dagegen gefehlt worden, so soll das Mehr an die ehelichen Deszendenten fallen. Das Dasein andrer legitimer Verwandten, außer Deszendenten, steht der Erbbefähigung der **liberi naturales** nicht entgegen, wenn nur das Pflichttheilsrecht gehörig gewahrt wird, Nov. 89. c. 12. Das Gesetz spricht nur von eigentlichen **liberi naturales** (Mühlenbruch XXXIX. S. 328 fgg.), und eine Ausdehnung auf andre uneheliche Kinder ist sicher unstatthaft, nicht nur, weil ein **jus singulare** die Analogie ausschließt, sondern auch schon darum, weil es hier an der **paritas rationis** gänzlich fehlt. Da nun bei uns h. z. T. Konkubinenkinder im röm. Sinn des Worts gar nicht mehr vorkommen können, so muß die ganze hier berührte Erbbeschränkung als unanwendbar betrachtet werden. A. M. sind freilich Viele, vgl. z. B. unter den Neueren Puchta, Lehrb. §. 471. Not. d, Mayer, Erbr. I. S. 43 fg. Anm. 6, Arndts im Rechtslex. cit. S. 917, Lehrb. §. 492. Anm. 5, Köppen, Syst. S. 317. u. A. m.; aber ihr Hauptgrund, weil jene gesetzliche Beschränkung ihren Grund in der moralischen Verwerflichkeit des Konkubinats habe, und also h. z. T., wo diese Verwerflichkeit noch durch die Unerlaubtheit desselben gesteigert sei, um so mehr anwendbar sein müsse, ist gewiß unhaltbar. Augenscheinlich ist nämlich jene beschränkte Bedenkfähigkeit nur im Interesse der ehelichen Kinder eingeführt, denen zwar wohl durch Konkubinenkinder, aber nicht auch durch gewöhnliche **spurii** Gefahr drohte. Vgl. auch Seuffert's Arch. VIII. Nr. 68, XI. Nr. 262.

2) Der **conjux binubus** darf seinem zweiten Gatten nicht mehr hinterlassen, als einem Kinde aus früherer Ehe, s. Band I. S. 425 fg. lit. b.

3) Die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt hat, kann ihrem Manne nie mehr, als $\frac{1}{3}$ ihres Vermögens hinterlassen, s. Band I. S. 428. Nr. 2.

4) Nach einer **oratio** von Pertinax soll der Regent nicht ***litis causa*** zum Erben eingesetzt werden dürfen, §. 8. J. quib. mod. test. infirm. (2, 17), l. 91. de hered. instit. (29, 5), ein Satz, welcher augenscheinlich mit dem bekannten Verbote des Vorschiebens eines mächtigeren Gegners zusammenhängt. Uebrigens ist dies nicht eigentlich ein Fall mangelnder **test. factio passiva**; sondern die Erbeinsetzung wird hier vielmehr wegen ihres unsittlichen Motivs — ähnlich wie eine kaptatorische Disposition — für ungiltig erklärt.

Nicht selten führt man auch noch die Pasquillanten als solche auf, denen die **testamenti fact. passiva** fehle, vgl. z. B. Wening §. 443, Schweppe, Handb. V. §. 788. Man beruft sich dafür auf Gesetze, in denen dieselben als ***intestabiles*** angeführt werden, l. 21. pr. de testib. (22, 5), l. 5. §. 9. de injur. (47, 10), und verbindet damit die Erklärung des Begriffs: **intestabilis** bei ***Theoph.*** II. 10. §. 6. und Schol. ad Horat. Satyr. II. 3. v. 181; vgl. l. 26. qui test. fac. poss. (28, 1): „**Quum lege intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant, *neve ipsi dicatur testimonium***", und Auth. Frider. Credentes C.

de haeret., wo es von dem Begünstiger der Ketzer heißt: „sit etiam intestabilis, ut nec testandi liberam habeat facultatem, *nec ad hereditatis successionem accedat*". Es möchte aber diese Annahme, wenigstens für das Justinianische Recht, sehr problematisch sein; denn sieht man von den, nicht in der Kompilation enthaltenen Zeugnissen ab, so sagt die l. 26. cit. nur: wer intestabilis sei, könne weder Zeugniß ablegen, noch könne für ihn Zeugniß abgelegt werden. Nun ist es allerdings in einem gewissen Sinne wahr, daß bei dem Testamentsgeschäft der Erbe gleichsam als der Mitkontrahent erscheint, und die Zeugen also auch für ihn, nicht blos für den Erblasser fungiren; nach welcher Auffassungsweise die Worte des Gaius dem intestabilis nicht blos die test. fact. activa, sondern auch die passiva absprechen würden. Für die Zeit des Gaius paßt dies aber gar nicht, indem hier nicht sowohl der Erbe, als vielmehr der *familiae emtor* als Mitkontrahent betrachtet wurde, Gai. II. 105 sqq., und für Justinian's Zeit ist die Zweiseitigkeit des Testaments-Geschäfts formell so gänzlich verschwunden, daß man die Worte der l. 26. cit. nicht ohne den größten Zwang auf die Erbunfähigkeit des intestabilis beziehen kann. Die angef. Authent. ist aber jedenfalls irrelevant, da hier nicht sowohl der Inhalt der Intestabilität im Allgemeinen, als vielmehr in besondrer Beziehung auf den da berührten konkreten Fall angegeben wird. Vgl. auch Mühlenbruch XXXIX. S. 257 fgg., Mayer, Erbr. I. S. 41 fg. Not. 15, Arndts, Rechtsler. cit. S. 916 fg.

Anm. 3. Es war ein äußerst wichtiger Grundsatz des alten Rechts, daß eine *persona incerta* weder zum Erben eingesetzt werden, noch ein Legat erhalten konnte, Gai. II. 238. 242. 287, Ulp. XXII. 4. XXIV. 18, §. 25. J. de legat. (2, 20), was durch ein Hadrianisches Senatuskonsult auch auf Fideikommisse ausgedehnt wurde, Gai. II. 287, Ulp. XXV. 13, §. 25. J. cit. Man verstand aber unter pers. incerta im Allgemeinen die, bei welcher sich der Testator nichts Bestimmtes denken konnte („quam per incertam opinionem animo suo subjicit" Gai. II. 238, §. 25. J. cit.), und rechnete folgende Fälle hierher:

1) wenn die bedachte Person erst durch einen künftigen Umstand bestimmt wurde (z. B. wer zuerst zu meinem Leichenbegängniß kommt), Gai. II. 238, Ulp. XXII. 4. XXIV. 18, §. 25. J. cit., es müßte denn etwa dieser Umstand noch vor die Perfektion des Testaments fallen (z. B. wer mein Testament untersiegeln wird), l. 14. de reb. dub. (34, 5), oder doch der Verfügung eine certa demonstratio beigefügt sein (z. B. wer von meinen Verwandten zuerst zu meiner Leiche kommt), vgl. die oben angeff. Stellen. Die Armen sollten jedoch seit Valentinian giltig bedacht werden können, l. 24. C. de episc. et cleric. (1, 3), und selbst die Erbeinsetzung derselben gestattet Justinian l. 49. [48] C. eod. In einem solchen Falle soll nämlich der Vorsteher des Armen- oder Krankenhauses, welches sich an dem Wohnorte des Testator befindet, oder in Ermangelung desselben der Ortsbischoff die Erbschaft antreten, und zweckmäßig verwenden, l. 49. cit. Aehnlich, wie die Armen, konnten auch seit Leo die Gefangenen bedacht, l. 28. C. de episc. et cler. und seit Justinian auch zu Erben eingesetzt werden, l. 49. cit.

2) Die Postumi, vgl. Mühlenbruch XXXIX. S. 362 fgg., Heumann in Gieß. Ztschr. XIX. S. 309 fgg., Heimbach das. N. F. Bd. V. S. 11 fgg.

Hier muß jedoch nach früherem Rechte zwischen dem postumus *suus* und *alienus* unterschieden werden. Der erste, d. i. überhaupt derjenige, welcher nach der Testamentserrichtung in die unmittelbare Gewalt des Testators kam oder gekommen sein würde, wenn der Testator noch gelebt hätte, rumpirte stets das Testament, wenn er nicht in demselben eingesetzt oder enterbt war. Hätte er nun gar nicht eingesetzt werden dürfen, so würden dadurch begreiflich bedeutende Uebelstände entstanden sein, denen man allmälig durch Doktrin und Gesetz so durchgreifend abhalf, daß schon vor Justinian jeder postumus suus völlig wirksam bedacht werden konnte (vgl. hierüber unten §. 468. Anm.). Postumi *alieni* dagegen konnten nach Zivilrecht durchaus nicht eingesetzt werden, während sie nach prätorischem Rechte allerdings eine bon. poss. secundum tabulas agnosziren konnten, Gai. I. 147. II. 242, pr. J. de bon. poss., l. 3. de bon. poss. sec. tab. (37, 11) vgl. mit l. 6. pr. de inoff. test. (5, 2), l. 25. §. 1. de liber. et post. (28, 2). Wenn doch Justinian in §. 28. J. de legat. sagt: „postumus alienus heres institui *et antea poterat*, et nunc potest“, so darf dies nach seiner eignen Aeußerung in pr. J. de bon. poss. nicht auf zivilrechtliche Wirksamkeit einer solchen Erbeinsetzung bezogen werden, sondern nur auf die daraus resultirende bonorum possessio. Wenn übrigens Manche, unter den Neuern besonders Heumann a. a. O. S. 338 fgg. den Begriff von postumi alieni auf eigene Deszendenten des Erblassers beschränken und nur hierbei eine bonor. poss. sec. tabulas anerkennen wollen, so läßt sich dies mit dem ganz allgemeinen Ausspruch der l. 3. de bon. poss. sec. tab.: „Verum est, *omnem postumum*, *qui moriente testatore in utero fuerit*, si natus sit, bonorum possessionem petere posse“, gewiß nicht in Einklang bringen; vgl. auch l. 6. pr. de inoff. test. (5, 2), l. 6. de bon. poss. ventris nom. (37, 9), und zu dieser letzten Stelle das schol. ad Basil. XL. 4. 9. (bei Fabr. tom. V. p. 325. schol. q., bei Heimb. IV. p. 72. sch. 1); vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 375 fgg., Heimbach a. a. O. S. 13 fgg., Fein, Forts. des Glück'schen Komm. XLIV. S. 157 fg. — Wie bei Erbeinsetzungen, so mußte auch bei Vermächtnissen vor Justinian zwischen dem postumus suus und alienus unterschieden werden. Während nämlich die Erstren vollkommen fähig waren, konnten die Letztern weder mit Legaten, noch auch seit dem Hadrianischen Senatsbeschluß, Gai. II. 287, mit Fideikommissen bedacht werden, und dabei ist es denn auch, so viel wir wissen, bis zu der Justinianischen const. de incertis personis geblieben, §. 26. J. de legat. Wenn man doch aus l. 2. pr. de jure codicill. (29, 1) und l. 5. fin. de reb. dub. (34, 5) hat ableiten wollen, daß schon zur Zeit der Pandektenjuristen Fideikommisse auch einem postumus alienus hätten hinterlassen werden können, so geht aus der ersten Stelle (verb.: „et ante codicillos scriptos natus esset“) vermittelst des arg. a. contrario das Gegentheil hervor, und in der zweiten (von Gaius) sind die Worte *vel alieno* offenbar interpolirt, wie aus Gai. II. 287. evident hervorgeht, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 384 fgg., Heumann S. 334 fgg., Heimbach S. 28 fgg.

3) Juristische Personen, Ulp. XXII. 5, Plin. V. epist. 7. Doch durfte nach einem besondren Senatsbeschluß ein Munizipium von seinen Freigelassenen zum Erben eingesetzt, Ulp. cit., l. 1. §. 1. de libertis universit. (38, 3), und nach einem SC. Apronianum (wahrscheinlich unter Hadrian) von

Jedermann mit einem Universalfideikommiß bedacht werden, Ulp. cit., l. 26. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 1. §. 1. de libert. universit. (38, 3), woraus dann die Doktrin auch allgemein das Recht ableitete, daß ein zum Erben eingesetztes Munizipium eine bonorum possessio sec. tab. agnoszirei könne, l. 1. §. 1. cit. Seit Nerva konnte auch allen Städten des römischen Reichs ein Legat hinterlassen werden, Ulp. XXIV. 28, was dann nachher auf kleinere Ortsgemeinden übertragen wurde, l. 73. §. 1. de legat. I, und seit Leo ist auch die Erbeinsetzung aller Gemeinden gestattet, l. 12. C. de hered. instit. (6, 24). Endlich gestattet auch ein SCtum unter Markus einem jeden erlaubten Kolleg, ein hinterlassenes Legat anzunehmen, l. 20. de reb. dub., während die Annahme einer Erbschaft nur unter Voraussetzung eines speziellen Privilegs gestattet war, l. 8. C. de hered. instit. (6, 24). — Die Kirche wurde durch Konstantin für erbfähig erklärt, l. 1. C. de SS. eccles., (1, 2), und wie es gehalten werden solle, wenn nach einer sehr gewöhnlichen Sitte statt der Kirche der Stifter Jesus Christus, oder wenn ein Erzengel oder Märtyrer eingesetzt sei, wird durch Justinian näher bestimmt, l. 26. C. de SS. eccles. (lex restituta). Vgl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 423 fgg., Savigny, Syst. II. S. 300 fgg., Arndts a. a. O. S. 913 fgg., Roßhirt in sein. Zeitschr. V. S. 239 fgg., Pfeifer, jur. Pers. S. 108 fgg. —

Einen wesentlichen Einfluß auf das bisher dargestellte Recht hatte die Justinianische const. de incertis personis, deren Original uns leider verloren gegangen ist, so daß wir den Inhalt derselben nur aus anderweiten Relationen entnehmen können, aus welchen seit Contius die ziemlich dürftige l. un. C. de incert. personis (6, 48) gebildet worden ist, Witte, die leges restitutae S. 200 fgg., Mühlenbruch XXXIX. S. 400 fgg. Den weit ausführlichsten Bericht liefert das Basiliken-Repertorium des s. g. Tipucitus, worin eine detailirte Inhalts-Anzeige der const. de incertis personis vorkommt, welche jetzt in die Heimbach'sche Basiliken-Ausgabe als fr. 29. in lib. XLIV. tit. 18. (tom. IV. p. 437 sqq.) aufgenommen ist, vgl. auch Heimbach in Gieß. Ztschr. N. F. V. S. 1 fgg. Soviel möchte hier

a) gewiß sein, daß der vorher unter Nro. 1. angedeutete Satz durch diese Konstitution völlig antiquirt ist. Beachtet man nämlich, wie Justinian in §. 25. J. de legat. hiervon wie von etwas Gewesenem spricht, und verbindet man damit den §. 27. J. eod., so kann das angegebene Resultat keinen Zweifel leiden, obwohl allerdings die Inhalts-Angabe bei Tipucitus auf das Gegentheil hindeutet („quomodo ejusmodi institutio omni ex parte nullius momenti sit ideo, quod nomen heredis non contineat; sed ne legatum quidem personis ejusmodi relictum valet“), vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 100 fg.

b) Eben so unzweifelhaft ist es auch nach den eigenen Relationen des Kaisers in §. 26—28. J. de legat. und pr. J. de bon. poss., daß durch die genannte const. de inc. pers. auch postumi *alieni* ganz allgemein als fähig erklärt wurden, zu Erben eingesetzt und mit einem Vermächtniß bedacht zu werden. Daß aber auch ein solcher postumus h. z. T. eingesetzt werden könne, welcher zur Todeszeit des Erblassers noch nicht konzipirt ist, wird zwar oft (auch noch von Mayer, Erbr. I. S. 37 fgg. Anm. 7) mit Berufung auf die angeführte Justinianische const. behauptet, aber doch wohl mit Unrecht, denn es steht nicht

nur das Gegentheil in den Pandekten, in denen doch schon auf jene const. Rücksicht genommen ist, l. 3. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), sondern auch innere Gründe entscheiden für die fortdauernde Giltigkeit dieses Pandektenrechts, und dazu kommt, daß es bei Tipucitus ausdrücklich heißt: „Quemcunque postumum, qui vult, recte scribit heredem, quin etiam legatum et fideicommissum ei relinquit, scilicet si non prohibebatur ei heres esse, et *si in rerum natura erat.* Non permittit [constitutio] heredes scribi incertos, *nisi conceptus sit,* in hoc enim nominis ejus necessitatem supplet uterus eum gestans et pater“; (die Worte des Tipucit.: „εἰ μὴ ἄρα κυοφορούμενος εἴη“, welche in der Basiliken-Ausg. mit: „nisi *postumus* sit“ übersetzt sind, werden von Heimbach in der Gieß. Zeitschr. a. a. O. S. 23. offenbar richtiger mit: „nisi *conceptus* sit“ übertragen). Nur bei der mittelbaren Erbfolge kommt es auf dieses Erforderniß, und zwar auch schon nach Pandektenrecht (Familien-Fideikommiß!) nicht an, arg. l. 32. §. 6. fin. de legat. II, vgl. bes. Mühlenbruch a. a. O. S. 406 fgg., Heimbach a. a. O. S. 22 fgg. Wie die Bedenkung eines zur Todeszeit noch nicht konzipirten, so ist auch die Einsetzung eines solchen Postumus noch h. z. T. ungiltig, den der Testator mit einer Frau, die er nicht heirathen darf, oder welche zur Zeit des Testaments noch mit einem Andren verheirathet ist, erzeugen würde, §. 28. J. de legat., l. 9. §. 1. 3. de lib. et post. (28, 29); Mühlenbruch S. 388 fgg., Heumann S. 349 fgg., Heimbach S. 17 fgg.

c) Sehr allgemein wird angenommen, daß h. z. T. in Gemäßheit der const. de incertis pers. auch jedes erlaubte Kolleg zum Erben eingesetzt werden könne. Gewiß muß man sich aber nach dem Stande unsrer Quellen gegen diese Behauptung erklären, indem nicht nur die Aufnahme der oben angef. l. 8. C. de hered. inst. in den codex Justin. entscheidend dagegen spricht, sondern auch das, was wir aus andren Quellen über den Inhalt der Justinianischen Verordnung wissen, eine solche Annahme nicht unterstützt. In dem Nomokanon des Photius tit. 2. cap. 1. wird nämlich der hierher gehörige Theil jener const. so angegeben: was einem erlaubten Kolleg hinterlassen sei, solle giltig sein: „Partes autem aequis portionibus singuli capiunt, qui tempore mortis in eorum numero reperiuntur, nisi nominatim testator partes tribuerit“. Hiernach war in dem Justinianischen Gesetze wohl schwerlich von der Honorirung des Kollegiums als solchen, sondern vielmehr von der Bedenkung der einzelnen zur Todeszeit des Testator vorhandenen Glieder desselben die Rede. Eine solche war nämlich früher aus dem oben bei Nro. 1. angegebenen Grunde ungiltig, während sie jetzt nach Justinian's Bestimmung erlaubt sein soll. Die Honorirung des Kollegiums selbst muß also noch ganz nach den früheren Grundsätzen beurtheilt werden, d. h. es kann einem solchen zwar giltig legirt werden, aber eine Erbeinsetzung desselben ist nur unter Voraussetzung eines besondren Privilegs rechtlich gestattet. Vgl. auch Mühlenbruch XXXIX. S. 434 fgg., Heimbach a. a. O. S. 69 fgg., Schirmer, Handb. S. 28 fgg., Köppen, Syst. S. 311 fgg.

Vgl. überhaupt *Strauch,* ad const. deperditam de personis incertis. Jen. 1671. 1714, *Rau,* hist. jur. civ. Rom. de personis incertis ex testamento heredibus. Lips. 1781, *Hübner,* ad tit. de rebus dubiis comm.

Lips. 1802. p. 42 sqq., Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 321 fgg., Mühlenbruch XXXIX. S. 351 fgg., Heimbach in Gieß. Zeitschr. N. F. V. S. 1 fgg.

Anm. 4. Ueber die im Justinianischen Rechte völlig verschwundene und darum hier nicht näher zu betrachtende partielle Unfähigkeit der Weiber in Gemäßheit der *lex Voconia* vgl. bes. *Perizonius*, de lege Voconia. Edid. Heineccius. Hal. 1722, *Kind*, de lege Voconia. Lips. 1820, Savigny, über die lex Voconia. In den Abh. der histor. philolog. Klasse der königl. Akademie aus den Jahren 1820—21. Berl. 1822. S. 210 fgg., in den vermischten Schriften Bd. I. S. 407 fgg., Zimmern in sein. und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. S. 311 fgg., Hasse, zur lex Voconia, im Rhein. Mus. III. S. 183 fgg., Mühlenbruch, Komm. XXXIX. S. 281 fgg., *Giraud*, du vrai caractère de la loi Voconia chez les Romains. Par. 1841, Bachofen, die lex Voconia. Bas. 1843, Vangerow, über die lex Voconia. Heidelb. 1863. — Vgl. auch Rudorff, Rechtsgesch. I. S. 56 fgg., Rein, Gesch. des röm. Privatr. S. 778 fgg., Bering, Erbr. S. 252 fgg.

III. Von den materiellen Erfordernissen letztwilliger Verfügungen.

1) In Betreff der Willensbestimmung.

A) Willensfähigkeit. §. 430.

B) Einfluß von Zwang, Irrthum und Betrug. §. 431.

Dig. XXIX. 6. Cod. VI. 34. si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit.

Anm. 1. Was zunächst den Einfluß des Zwangs anbelangt (vgl. Glück XXXIII. S. 426 fgg., Roßhirt, Vermächtnisse Bd. I. S. 337 fgg., testam. Erbr. I. S. 262 fgg., gem. Zivilr. III. §. 574, Mühlenbruch, Fortf. XLIII. S. 479 fgg., Heimbach a. a. O. S. 918 fgg., Schliemann, Lehre vom Zwang S. 80 fgg.), so sind hier folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Der Erblasser ist zwangsweise von Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens abgehalten. Wird in einem solchen Falle der Zwang von sämmtlichen berufenen Erben ausgeübt, so wird die ganze Erbschaft vom Fiskus eingezogen, l. 1. §. 2. h. t., l. 19. de his quae ut indignis aufer. (34, 9). Sind neben dem Zwingenden noch andre berufene Erben da, so tritt der Fiskus nur an die Stelle des Erstren, während die Portionen der Uebrigen ungeschmälert bleiben, l. 2. §. 1. h. t. Ist, was aber freilich selten vorkommen wird, der Zwang von Jemandem ausgegangen, der gar kein Vermögens-Interesse an der Aufrechthaltung des bisherigen Zustandes hat, so bleibt die Erbschaft natürlich vollständig bei den berufenen Erben, und nur diejenigen, denen erweislich durch den Zwang geschadet ist, können von dem Zwingenden mittelst der actio doli Schad-

loshaltung in Anspruch nehmen. Wenn demjenigen, welcher den Erblasser zwangsweise von Veränderung eines letzten Willens abgehalten hat, Vermächtnisse auferlegt sind, so folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen [l. 16. §. 2. de his quae ut ind (34, 9), l. 60. §. 1. de cond. et dem. (35, 1), l. 3. §. 5. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 14. de jure fisci (49, 14)], daß diese Vermächtnisse bestehen bleiben, und der Fiskus dieselben zu prästiren verpflichtet ist, und dies wird denn auch gerade für unsren Fall in l. 3. §. 5. ad SC. Trebell. und l. 2. §. 2. h. t. bestimmt ausgesprochen. Wenn es demungeachtet in l. 19. de his quae ut indign. (34, 9) heißt: „Si scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quod testator aliud testamentum mutata voluntate facere voluit, et impeditus ab ipsis est, *ab universo judicio priore recessisse eum videri*“, so muß hier gewiß ein Fall supponirt werden, in welchem eine auch auf Vermächtnisse sich erstreckende Willens-Aenderung nachweisbar ist („*mutata voluntate*“), wo dann allerdings nach den Prinzipien über ademtio legatorum auch die Vermächtnisse hinfällig werden, Mühlenbruch S. 482 fgg.

2) Der Erblasser ist zur Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens gezwungen worden. Eine früher nicht selten, h. z. T. aber sehr allgemein vertheidigte Meinung geht dahin, daß eine erzwungene letztwillige Disposition völlig nichtig sei, vgl. z. B. Glück a. a. O. und die dort in Not. 54 fgg. Angeff., Thibaut, Syst. §. 949. 991, Wening, Lehrb. §. 454, Mühlenbruch, Lehrb. §. 644, Komm. a. a. O. S. 485 fgg., Mejer in Schweppe's Handb. V. §. 789, Mayer, Erbr. I. §. 31, Arndts, Lehrb. §. 491. Anm. 2, Schliemann cit., Dewes, Syst. S. 201 fg. u. A. m. Andre dagegen nehmen an, daß die Portion des in der erzwungenen Disposition Bedachten an den Fiskus falle, vgl. die bei Glück a. a. O. Not. 51. Angeff., und unter den Neueren bes. Roßhirt a. d. aa. OO., Sintenis, prakt. Zivilr. 1. Aufl. III. §. 171, Heimbach a. a. O. Ich selbst folgte früher der letztren Ansicht, halte aber jetzt beide Meinungen für unbegründet. Für die Nichtigkeit einer solchen Disposition beruft man sich theils auf das angebliche allgemeine Prinzip, daß alle erzwungenen Geschäfte regelmäßig nichtig seien, theils auf eine Pandektenstelle, wonach die Erbeinsetzung Jemandes, den der Testator nicht instituiren wollte, nichtig sein soll, l. 2. §. 7. de bon. poss. secund. tab. (37, 11) [„— — nam pro non scripto est, quem scribi noluit“], theils endlich auf l. 20. §. 10. qui testam. fac. poss. (28, 1), wonach das Testament nichtig sein soll, „si detenti sint inviti testes“, denn, wenn schon dann Nichtigkeit eintrete, wenn ein Zeuge gezwungen sei, um wie viel mehr müsse dieselbe angenommen werden, wenn gegen den Testator selbst Zwang angewendet sei! Jenes angebliche Prinzip ist aber in der Wirklichkeit gar nicht vorhanden, indem erzwungene Geschäfte regelmäßig nur reszissibel, keineswegs nichtig sind; vgl. unten Bd. III. §. 605. Anm 2. In den ausgezogenen Worten der l. 2. §. 7. cit. ist, wenn man sie im Zusammenhang betrachtet, nur davon die Rede, daß die Erbeinsetzung dann nichtig sein solle, wenn irrthümlich Jemand in dem Testamente als Erbe aufgeführt sei, den der Testator gar nicht im Sinne gehabt habe, woraus doch gewiß nicht gefolgert werden kann, daß auch diejenige Erbeinsetzung ungiltig sei, auf welche der Testator zwar gezwungen, aber doch wirklich seine Absicht gerichtet hat. Der

Satz der l. 20. §. 10. cit. endlich erklärt sich ganz von selbst, wenn man nur bedenkt, daß ein gezwungener Solennitätszeuge so gut wie gar keiner ist, und daß also ein solches Testament nothwendig ungiltig sein muß, weil es an den nöthigen Solennitäten fehlt. Wie daraus irgend ein Schluß auf unsren Fall, wenn gegen den Testator Zwang angewendet ist, gerechtfertigt werden könne, ist nicht wohl einzusehen, und ganz unhaltbar ist auch jeden Falls die besonders auf dieses Gesetz gegründete Unterscheidung von Faber, errores Pragmaticor. dec. 38. err. 3. zwischen dem in actu testationis selbst und dem vorher vorgekommenen Zwange. — Wenn nach dem Bisherigen die Gründe, welche die Vertheidiger der Nichtigkeit für sich anführen, durchaus hinfällig sind, so erscheinen auch auf der andren Seite die Argumente, welche für die zweite oben angedeutete Ansicht vorgebracht zu werden pflegen, als sehr ungenügend. Zunächst ist soviel gewiß, daß kein Gesetz vorhanden ist, welches in unsrem Falle dem Fiskus jenes Entreißungsrecht einräumt, indem überhaupt nur eine einzige Stelle den Fall behandelt, wenn der Erblasser zum Testiren gezwungen wird, nämlich l. 1. C. h. t., und in dieser Stelle von einem solchen fiskalischen Rechte durchaus keine Rede ist. („*Civili disceptationi* crimen adjungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel quoslibet alios, quos noluerit, scripserit heredes"). Die Stellen, welche man noch hierher gezogen, und auf welche man jene Indignitäts-Theorie gegründet hat, gehören offenbar nicht hierher. So beruft sich Roßhirt, Vermächtn. S. 345. vorzüglich auf l. 1. §. 2. h. t., aber gewiß mit Unrecht, denn, wenn derselbe glaubt, in diesem Fragment werde der Fall entschieden, wenn die Erben den Testator zu einer Veränderung des letzten Willens genöthigt hätten, so ist dieses ein fast unbegreifliches Mißverständniß, da vielmehr der andre Fall hier beurtheilt wird, wenn die in dem früheren Testamente eingesetzten Erben den Testator von einer Veränderung abgehalten haben („si omnes dolo fecerint, quominus testamentum mutaretur"). Dieser Ausspruch Ulpian's gehört also gar nicht hierher, und eben so wenig auch die Entscheidung des Paulus in l. 2. §. 2. h. t., auf welche ich selbst in den früheren Ausgaben vorzugsweise jene Theorie begründete: „Si fidei ejus, qui dolum admisit, commissum est, ut hereditatem restitueret, ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet, ut commodum legis Falcidiae fiscus sentiat, dodrantis autem fideicommissarius". Freilich kann diese Stelle den Worten nach allerdings möglicher Weise von dem Falle verstanden werden, wenn der Erblasser zum Testiren gezwungen ist, und man kann dafür noch besonders anführen, daß ohnedies keine einzige Stelle in dem Pandektentitel diesen Fall berühren würde, während doch die Rubrik allerdings auch darauf bezüglich ist; aber dennoch muß man, wie ich jetzt überzeugt bin, entschieden diese Deutung verwerfen, da nicht nur aus dem Zusammenhang dieser Stelle mit dem princ. und §. 1. eod., sondern insbesondre auch aus einer Vergleichung mit l. 3. §. 5. ad SC. Trebell. (36, 1) mit Sicherheit hervorgeht, daß auch hier nur von dem Falle die Rede ist, wenn der Testator von Veränderung seines Testaments abgehalten ist, und dagegen kann auch jenes Argument aus der Rubrik des Pandektentitels in keinen Betracht kommen, weil unzweifelhaft hier, wie in zahlreichen andern Fällen, der

Konformität wegen diese Rubrik aus dem Kodex in die Pandekten herübergenommen ist. Die Vertheidiger der Indignitäts-Theorie berufen sich aber auch noch besonders auf die Analogie des vorher bei Nr. 1. betrachteten Falls, und machen für die Zulässigkeit und Nothwendigkeit derselben namentlich auch den Umstand geltend, daß beide Fälle vereinigt in denselben Quellen-Titeln behandelt würden. Sehen wir aber auch ganz davon ab, daß die Anwendung der Analogie bei so singulären Bestimmungen, wie die vorliegenden über fiskalische Exeption, unter allen Umständen mißlich ist, so muß man sich hier schon darum mit Entschiedenheit dagegen erklären, weil sich die beiden Fälle bei genauerer Betrachtung als wesentlich verschieden herausstellen. In jenem ersten Falle nämlich, wenn der Erblasser von Errichtung oder Veränderung eines Testaments abgehalten wurde, ist Niemand außer dem Zwingenden vorhanden, welcher ein Recht auf den Nachlaß in Anspruch nehmen kann, denn wenn sich auch einmal in einem einzelnen Falle mit Sicherheit nachweisen lassen sollte, welche Personen der Erblasser in dem zwangsweise verhinderten Testamente zu Erben einzusetzen beabsichtigt hätte, so ist doch dadurch begreiflich noch keinerlei Erbrecht für diese Personen begründet; hier kann es also ohne alle Härte bestimmt werden, daß der Fiskus an die Stelle des Zwingenden tritt, denn es verliert Niemand dadurch, als der Delinquent, welcher diesen Verlust in vollem Maaße durch sein Verschulden verdient hat. Ganz anders in unsrem Falle; wenn der Erblasser, welcher es bei der Intestaterbfolge, oder bei einem von ihm errichteten rechtsgiltigen Testamente bewenden lassen wollte, mit einem ihm aufgedrungenen Testamente verstorben ist, so ist es gewiß, daß dadurch die wohl begründeten Rechte der vorhandenen gesetzlichen oder testamentarischen Erben verletzt worden sind, Rechte, deren voller Wirksamkeit nichts, als dieses vitiöse Testament im Wege steht, und sollte nun auch hier der Fiskus an die Stelle des Zwingenden treten, so würde dadurch die wahrhaft unbegreifliche Härte entstehen, daß die Strafe nicht eigentlich den Delinquenten träfe — denn daß diesem das genommen wird, was er ohne sein Delikt gar nie bekommen hätte, kann doch kaum als Strafe angesehen werden —, sondern die völlig schuldlosen Dritten, welche ohne dieses vitiöse Testament optimo jure zur Erbschaft gerufen wären! Bei so wesentlich verschiedenen Verhältnissen kann begreiflich auch der Umstand, daß in den einschlägigen Pandekten- und Kodex-Titeln die beiden Fälle verbunden werden, den Schluß auf völlig gleichheitliche Behandlung derselben nicht rechtfertigen, und zwar um so weniger, da diese Zusammenstellung sich schon hinlänglich durch die Verwandtschaft des Gegenstands erklärt, und überdies, wie wir nachher sehen werden, in einem Punkte auch die rechtliche Beurtheilung zusammentrifft.

Bei dieser Sachlage bleibt gewiß nichts Anderes übrig, als in konsequenter Anwendung der allgemeinen Grundsätze über *metus* anzunehmen, daß eine erzwungene letztwillige Disposition allerdings an sich giltig ist, aber in Folge des allgemeinen Prätorischen Prinzips: „Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo", l. 1. quod. met. c. gest. (4, 2) reszindirt werden kann, zu welchem Zwecke denjenigen, welche durch den verübten Zwang unmittelbar beschädigt sind, also den gesetzlichen oder den in einem früheren giltigen Testamente eingesetzten Erben die gewöhnlichen Rechtsmittel wegen metus — in integr.

restitutis, actio quod metus causa, exceptio metus — zustehen, und hierauf bezieht sich wohl ohne Zweifel die „civilis disceptatio" in l. 1. C. h. t.; vgl. auch Göschen, Vorles. §. 794, Puchta, Lehrb. §. 472. 483, Seuffert, prakt. Pandektenr. §. 534, Sintenis, 2. Aufl. S. 389 fg., Keller, Pand. §. 492. Wenn auch ohne den angewandten Zwang ein Theil der Erbschaft dem Zwingenden zugefallen wäre, z. B. wenn Einer von mehreren Intestaterben, oder Einer von mehreren in einem Testamente eingesetzten Erben den Testator zur Errichtung eines Testaments genöthigt hätte, in welchem er zum alleinigen Erben eingesetzt ist, so müssen für diesen Theil wohl unzweifelhaft die Grundsätze über Indignität eintreten, denn daß der Zwingende diesen Theil nicht behalten darf, versteht sich doch wohl von selbst, und auch von einem Anwachsungsrechte für die übrigen Erben kann gewiß keine Rede sein; vgl. auch die bei Glück a. a. O. S. 432. Not. 61. Angeff. und Puchta, Lehrb. §. 472.

Daß übrigens von eigentlichem Zwange bloses Zureden scharf zu unterscheiden ist, versteht sich von selbst, und namentlich wird uns als Beispiel solch' unsträflichen Zuredens der „maritalis sermo" aufgeführt, l. 3. h. t., l. 3. C. eod. Daß über den Sinn dieser Worte sich Streit hat erheben können (vgl. Glück a. a. O. S. 435 fgg.), ist freilich sehr wunderbar.

Anm. 2. Was die Wirkungen des Irrthums auf letztwillige Dispositionen anbelangt, so muß hier — ganz anders, wie bei Geschäften unter Lebenden — als leitender Grundsatz aufgestellt werden, daß jede Disposition nichtig ist, welche ohne diesen Irrthum nicht geschehen sein würde, im Uebrigen aber der Irrthum unschädlich ist. Wenn dieser Satz auch nicht mit bestimmten Worten als leitendes Prinzip ausgesprochen ist, so ergiebt er sich doch leicht aus einer Reihe von Konsequenzen, welche in unsern Gesetzen erwähnt werden. Die bedeutendsten sind folgende:

1) Bedenkt Jemand eine Person blos wegen einer irrigerweise geglaubten Eigenschaft, z. B. weil er sie für seinen Sohn oder seinen Bruder hielt, so gilt die Disposition nicht, l. 5. C. de test. (6, 23), l. 4. 7. C. de hered. instit. (6, 24), und umgekehrt ist die Exheredation des Sohnes nichtig, wenn sie blos deßhalb geschah, weil der Testator ihn nicht für seinen Sohn hielt, l. 14. §. 2, l. 15. de liber. et post. (28, 2). (Wenn übrigens der vermeintliche zum Erben eingesetzte Sohn ein untergeschobenes Kind ist, so nimmt der Fiskus den Erbtheil desselben hinweg, l. 46. pr. de jure fisci; s. unten §. 565. Anm. bei II. A. 2). — Eine sonderbare, und jedenfalls ganz willkürliche Entscheidung des Tiberius findet sich für den Fall, wenn Jemand einen Sklaven zum Erben einsetzt, den er für einen Freien hält, und diesem einen Anderen substituirt. Hier soll nämlich der institutus und substitutus zu gleicher Zeit, Jeder zur Hälfte, die Erbschaft erhalten! §. 4. J. de vulg. subst. (2, 15), l. 40. 41. de hered. inst. (28, 5); (vgl. unten §. 434. Anm. 2. a. E.).

2) Eben so ist eine Disposition über eine Sache nichtig, welche nicht gemacht sein würde, wenn der Testator die besondre Eigenschaft dieser Sache gekannt hätte, z. B. wenn er eine fremde Sache legirt, die er für seine eigne hielt; denn ein solches Legat soll ungiltig sein, wenn es nicht einem nahen Verwandten, also einer solchen Person hinterlassen ist, „cui legaturus esset, etsi

scisset, rem alienam esse", §. 4. J. de legat. (2, 20), l. 67. §. 8. de leg. II, l. 10. C. de legat. (6, 37). Dasselbe muß z. E. gelten, wenn der Testator Jemanden mit einer unbedeutenden Sache abfinden will und ihm irrigerweise eine sehr kostbare hinterließ u. dgl. m.

3) Auch dann tritt Ungiltigkeit der Disposition ein, wenn dem Testator Umstände nicht bekannt waren, deren Kenntniß ihn von der Disposition abgehalten hätte, z. B. wenn er einen Fremden zum Erben eingesetzt, in dem Glauben, er habe keine Kinder, l. 28. de inoff. test. (5, 2), l. 9. 10. C. de test. milit. (6, 20), oder wenn er ein zweites Testament macht, in dem Glauben, der in dem früheren Testamente Eingesetzte sei nicht mehr vorhanden, l. 92. de hered. instit. (28, 5). Daraus geht denn auch von selbst hervor, daß eine letztwillige Verfügung auch dann ungiltig ist, wenn er dazu durch Umstände bewogen wurde, welche in der Wirklichkeit nicht vorhanden sind, z. B. weil er den Honorirten für seinen Lebensretter, seinen Geschäftsführer u. dgl. hielt, obwohl dies wirklich nicht der Fall ist. Dem widerspricht auch nicht der öfter in unsren Quellen ausgesprochene Satz: *falsam causam non nocere*, §. 31. J. de legat. (2, 20), l. 17. §. 2, l. 72. §. 6. de condit. et demonst. (35, 1), l. 1. C. de falsa causa adjecta (6, 44), denn der Sinn desselben ist nur, daß die blose Angabe eines unwahren Motivs von Seiten des Testators die Rechtsbeständigkeit der Disposition nicht aufhebe. Wird aber nicht blos bewiesen, daß die vom Testator angegebene causa unwahr sei, sondern noch überdies, daß der Testator sie für wahr gehalten, und dadurch zu der Disposition bewogen worden sei, dann ist allerdings die Verfügung ungiltig, l. 72. §. 6. de condit. et demonstr., l. 1. C. de falsa causa adj. —

Savigny, Syst. Bd. III. S. 377 fgg. will den Grundsatz, daß jede letztwillige Disposition nichtig sei, welche ohne den Irrthum nicht getroffen sein würde, nur für Vermächtnisse anerkennen; bei Erbeinsetzungen dagegen könne der Irrthum in den Beweggründen in der Regel nicht in Betracht kommen, und es gebe nur zwei Ausnahmen davon, wenn die Erbeinsetzung durch die irrige Annahme, daß ein Intestaterbe oder ein früher eingesetzter Erbe verstorben sei, bewirkt sei, und wenn sie sich auf die irrige Annahme einer Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem eingesetzten Erben gründe; vgl. auch Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 275 fgg. und in sein. Ztschr. V. S. 226 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 171. Ich glaube nicht, daß bei unserer Frage diese Unterscheidung zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnissen begründet ist; in den Gesetzen wird dieselbe nirgends hervorgehoben, und daraus, daß bei Erbeinsetzungen, anders, wie bei Legaten, ein Widerruf durch blosen veränderten Willen unstatthaft ist (vgl. §. 460. Anm. bei IV. vgl. mit §. 541), kann doch wohl kein entscheidendes Argument für unsere Frage entnommen werden. Ueberdies dürfte sich auch schwerlich ein genügender Grund auffinden lassen, welcher den Gesetzgeber bestimmt haben sollte, gerade nur in jenen beiden Fällen eine Ausnahme zu statuiren. Vgl. jetzt auch Weil in Gieß. Zeitschr. N. F. XX. S. 100 fgg., und s. auch noch Lassalle, röm. Erbr. S. 342 fgg.

Wir faßten bisher nur solche Fälle ins Auge, in denen wirklich der Wille des Testators durch eine irrige Vorstellung bestimmt wurde. Sehr verschieden

hiervon sind die andern, gewöhnlich nicht scharf genug getrennten, in denen nur eine irrige Bezeichnung gewählt ist. Davon kann aber erst näher unten in der Lehre von der Willenserklärung gesprochen werden, vgl. §. 433. Anm. 1.

Anm. 3. Noch bleibt es uns schließlich zu bestimmen übrig, welchen Einfluß Betrug auf letzten Willen äußere. An besondren Gesetzen hierfür fehlt es, aber wir bedürfen deren auch nicht, da die allgemeinen gesetzlichen Prinzipien hier vollständig ausreichen. Ist nämlich:

1) der Erblasser betrüglicher Weise von Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens abgehalten worden, so treten ganz unzweifelhaft dieselben Grundsätze ein, welche in Anm. 1. für den Fall des Zwangs angegeben worden sind; vgl. auch l. 1. §. 1. 2, l. 2. pr. §. 2, l. 3. si quis aliquem testari prohib. (29, 6).

2) Ist aber umgekehrt der Testator durch betrügliche Vorstellungen zur Errichtung oder Veränderung einer letztwilligen Disposition bewogen worden, so werden auch hier sehr allgemein Betrug und Zwang unter dieselben Prinzipien gebracht, und demgemäß lehrt man jetzt gewöhnlich, solche durch Betrug hervorgerufene letzte Willen seien nichtig; vgl. z. B. Glück XXXIII. S. 426 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Mühlenbruch XLIII. S. 491 fgg. u. A. m. Wer dagegen in Betreff des Zwangs der in der Anm. 1. erwähnten Ansicht folgt, daß der Zwang eine Indignität begründe, der pflegt auch für den Fall des Betrugs anzunehmen, daß dem Betrüger, als einem indignus, die Erbportion entrissen werde, vgl. z. B. Roßhirt a. d. aa. OO. und in seiner Ztschr. V. S. 235 fgg. Die ganze Grundlage dieser Ansicht ist aber gewiß völlig verwerflich. Hält man nämlich nur fest, daß sich Betrug hier nicht anders äußern kann, als durch Erzeugung oder Benutzung eines Irrthums in der Person des Testators, so läßt sich doch wohl nicht in Abrede stellen, daß jede betrüglicher Weise hervorgebrachte letztwillige Disposition schon ex capite *erroris* nichtig sein muß. Wirklich macht sich auch Roßhirt, Verm. I. S. 341. diesen Einwand, beseitigt denselben aber durch die Bemerkung: „wolle man die Wirkungen des Irrthums nicht auf die Fälle beschränken, wo Irrthum ohne Betrug vorliege, so würde es gar nicht nöthig sein, eine eigne Lehre vom Betrug aufzustellen". Ich bezweifele sehr, daß dieses Argument unsre Ansicht zu widerlegen im Stande sei. Faßt man dasselbe nämlich allgemeiner auf, und bezieht es namentlich auch auf Geschäfte unter Lebenden, so ist es unwahr; denn da hierbei keineswegs jeder auf die Abschließung des Geschäfts einwirkende Irrthum als solcher berücksichtigt wird, so bleibt für den Fall des Betrugs noch eine bedeutende Sphäre übrig, so daß eine besondere Theorie vom Betrug hier schlechterdings nicht entbehrt werden kann. Beschränkt man aber die Einwendung von Roßhirt auf letztwillige Dispositionen, so erkenne ich es vollkommen an, daß hier eine besondre Theorie des Betrugs unnöthig ist, weil hier anders, wie bei Verträgen, schon der Irrthum als solcher so umfassend berücksichtigt wird, daß für die Fälle des arglistiger Weise erzeugten oder benutzten Irrthums keine besonderen Entscheidungen nöthig sind. Da nun aber auch in den Gesetzen nirgends besondre Grundsätze über den Einfluß des Betrugs auf letzte Willen erwähnt werden, und also die Aufstellung einer besondren Theorie von dolus in

dieser Beziehung durchaus nicht als gesetzlich nothwendig erscheint, so beseitigt sich damit von selbst das Roßhirt'sche Argument. — Dürfte man freilich der vorher in Anm. 2. angeführten Meinung folgen, daß bei Erbeinsetzungen der Irrthum in den Beweggründen in der Regel nicht in Betracht komme, so müßte man diese natürlich auch in Betreff des Dolus anders behandeln, als die Vermächtnisse, und unter dieser Voraussetzung würde dann hierfür allerdings die Analogie des Zwangs insofern anwendbar sein, daß keine Nichtigkeit derselben angenommen werden dürfte, sondern die durch den Dolus unmittelbar Beschädigten auf die gewöhnlichen reszissorischen Rechtsmittel wegen Dolus angewiesen wären.

C) Selbständigkeit der letztwilligen Verfügung. §. 432.

Anm. Daß eine letztwillige Disposition, einerlei ob Erbeinsetzung oder Vermächtniß, nicht von der blosen Willkür eines Andren, als des Honorirten abhängig gemacht werden dürfe, war bei den Römern allgemein anerkannt, vgl. bes. l. 32. pr. de hered. inst.:

„Illa institutio: *quos Titius voluerit,* ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere";

und zwar war es in Beziehung auf Vermächtnisse ganz einerlei, ob die Willkür des Onerirten entscheiden soll, l. 11. §. 7. de leg. III, l. 46. §. 3. de fideic. libert. (40, 5), vgl. l. 43. §. 2. de leg. I, oder die eines Dritten, l. 68. de hered. instit., l. 52. de condit. et demonstr. (35, 1). Von der blosen Willkür wurde aber genau unterschieden:

1) Die willkürliche Handlung (z. B. si Titius in Capitolium ascenderit), denn von dieser konnte, wie von jeder andern Begebenheit die letztwillige Disposition abhängig gemacht werden, l. 23. §. 2, l. 68. de hered. inst., l. 3. de leg. II, l. 52. de cond. et demonstr. Obwohl nun diese Unterscheidung zwischen bloser Willkür („si Titius voluerit") und willkürlicher Handlung („si in Capit. ascenderit") nicht nur sehr bestimmt in den angeff. Gesetzen, sondern auch in der Natur der Sache begründet ist — denn die Vornahme einer willkürlichen Handlung muß als zufälliger Ausfluß der unbeschränkten Willensfreiheit des Dritten angesehen werden, weßhalb denn ganz konsequent von diesem, wie von jedem andern zufälligen Umstande die letztwillige Verfügung abhängig gemacht werden kann, vgl. auch Gans, Erbr. II. S. 158 fgg., Unger in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsr. III. 7; anders, aber m. E. nicht überzeugend, Fitting ebendas. II. 5, V. 3. und im ziv. Arch. Bd. 46. S. 260 fgg. —: so machen hierbei doch mehrere Aussprüche Ulpian's Schwierigkeit, in denen derselbe diese Unterscheidung zu verwerfen und vielmehr anzunehmen scheint, daß eine letztwillige Disposition auch von dem blosen Willen eines Andren abhängig gemacht werden dürfe. Vor Allem gehört hierher die l. 1. pr. de leg. II:

„In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest;

quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur an, *si voluerit?*

und damit sind denn die Aussprüche desselben Ulpian in l. 43. §. 2. de legat. I. und l. 46. §. 2. de fideic. libert. (40, 5), zu verbinden. Wirklich sind hierdurch Viele zu der Ansicht bestimmt worden, es sei unter den römischen Juristen selbst über unsere Frage gestritten worden, vgl. unter den Neueren bes. Schrader, Abhandl. aus dem Zivilr. 1. Abh. 3. S. 51 fgg. und Mayer, Legate §. 31. Anm. 12. S. 188 fgg., s. auch Roßhirt, Verm. I. S. 314 fgg., Göschen, Vorles. §. 799, Unger in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 400 fg., Fitting ebendas. V. S. 119. Not. 44. S. 168 fg., während freilich die Meisten den scheinbaren Widerstreit durch Interpretation aufzuheben suchen. Ueber die vielfachen, größten Theils ganz verunglückten Versuche dieser Art vgl. die Nachweisungen bei Schrader a. a. O. S. 56 fgg., Neustetel im ziv. Arch. III. Nro. 7, Glück XXXIII. S. 447 fgg. und Matthiä, Controv. Lex. II. S. 157 fgg. Meine Meinung über l. 1. cit. geht einfach dahin: Ulpian geht von dem Satze aus, ein Legat könne von dem Willen eines Andren abhängig gemacht werden, und die folgenden Worte *quid enim* rel. sind dazu bestimmt, diesen Satz zu rechtfertigen, indem der Einwand möglich war, derselbe widerstreite geradezu dem anerkannten Rechtssatze, daß das Legat: si Titius voluerit, ungiltig sei. Hätte Ulpian einem solchen Einwurfe auf die Weise begegnen wollen, wie dies etwa ein heutiger Jurist gethan hätte, so würde er sich ungefähr auf folgende Art ausgedrückt haben: „Die Gegner schieben mir etwas unter, was ich nicht gesagt habe; ich habe nämlich nicht behauptet, daß jedes auf irgend eine Weise in den Willen eines Dritten gestellte Legat giltig sei, sondern nur, daß man ein Vermächtniß von dem Willen eines Dritten abhängig machen könne. Sie hätten also, um mich zu schlagen, beweisen müssen, daß nur das, allerdings ungiltige, Legat: si Titius voluerit, und kein andres auf den Willen eines Dritten gestellt sei. Ein solcher Beweis aber ist unmöglich, denn das Legat: *si Titius Capitolium ascenderit*, hängt offenbar nicht weniger, als das *si voluerit* von dem Willen eines Dritten ab. Da man nun auf jene Weise vollkommen giltig legiren kann, so ist dadurch mein Satz, daß es möglich sei, ein Legat in den Willen eines Andren zu stellen, von selbst gerechtfertigt". Dies ist nun die, meiner Ueberzeugung nach völlig getreue Paraphrase der körnigen Rede Ulpian's, der also weit entfernt ist, die rechtliche Gleichheit der beiden Legate: si Titius voluerit, und si T. in Capit. ascenderit behaupten zu wollen. Vgl. auch Glück S. 462 fgg. und die da Angeff., Francke, das Recht der Notherben S. 66. Not. 23, Mühlenbruch, Lehrb. §. 645. Not. 5, Sell, Versuche II. S. 284 fgg., Savigny, Syst. III. S. 134. Not. t., Puchta, Vorles. zu §. 472, Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 171. Anm. 4, Heimbach im Rechtsler. X. S. 911. — Faßt man so die l. 1. cit. auf, so kann auch die l. 43. §. 2. de leg. I:

„Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest" keine Schwierigkeiten machen. Freilich ist dieses Gesetz nicht mit der Glosse und Neustetel a. a. O. S. 95. so auszulegen, daß hier die aliena voluntas nur dem Willen des Erben entgegengesetzt sei und also auch den des Legatars selbst

umfasse, wornach denn Ulpian vollkommen Recht habe, wenn er sage: **legatum in aliena voluntate poni potest [scil. in voluntate legatarii], in heredis non potest**; sondern es ist vielmehr offenbar die **aliena voluntas** von der **voluntas** eines Dritten zu verstehen, aber jeden Falls nur von einer voluntas in dem Sinne der **l. 1. de leg. II.**, so daß also der gute Sinn unsrer Stelle folgender ist: in die willkürliche Handlung eines Dritten kann ein Legat giltig gestellt werden, nicht aber auch in die des Erben. Das Letztre nämlich konnte zu Ulpian's Zeit der Regel nach darum nicht geschehen, weil ein solches Legat als ein **legatum** ***poenae nomine relictum*** erschien, und also nichtig war, **Gai. II. 235. §. 36. J. de legat.**, *Theoph.* **ad h. l.**, vgl. *Donell.*, comm. **jur. civ. lib. VIII. c. 15**, Glück S. 468 fgg., Sell a. a. O. S. 284 fgg. (Dabei ist nur zu beachten, daß Ulpian's Ausspruch nur als Regel wahr ist, denn da nicht jedes Legat, welches von einer willkürlichen Handlung des onerirten Erben abhängig gemacht ist, nothwendig als **legatum poenae nomine relictum** aufgefaßt werden mußte, **l. 2. de his, quae poenae causa (34, 6)**, Mayer, Legate §. 31. Anm. 2: so konnte es ausnahmsweise wohl vorkommen, daß einem Vermächtniß rechtsgiltig eine solche Bedingung zugefügt werden durfte, und ein Beispiel dieser Art kommt in **l. 3. de legat. II.** vor, wo das Vermächtniß: **heres dare damnas esto,** ***si*** *in Capitolium non ascenderit* für giltig erklärt wird. Dabei den Fall zu supponiren: „**si** *legatarius* Capitolium **non ascenderit**" — wie ich in den früheren Auflagen dieses Lehrb. vorschlug — dürfte schon aus sprachlichen Gründen schwer zu rechtfertigen sein, und wird noch besonders durch den von Paulus zugefügten Zweifelsgrund „**quamvis in potestate ejus sit, ascendere vel non ascendere**", der unter jener Voraussetzung ganz unpassend wäre, entschieden widerlegt, vgl. auch Mayer a. a. O. S. 187, Unger a. a. O. S. 401. Not. 11. Da im Justinianischen Recht: **legata poenae nomine relicta** vollkommen giltig sind, **l. un. C. de his quae poen. nom. (6, 41)**, so können jetzt Vermächtnisse unbedenklich von willkürlichen Handlungen des Erben abhängig gemacht werden, und es hätte also die **l. 43. §. 2. cit.** gar nicht in die Pandekten aufgenommen werden sollen). — Endlich bleibt hier noch die **l. 46. §. 2. de fideic. libert.** zu erwägen übrig, indem man auch aus dieser Stelle die angeblich abweichende Ansicht Ulpian's hat beweisen wollen. Ganz gewiß ist aber hier nur wegen des so häufig vorkommenden **favor libertatis** eine Ausnahme vom strengen Rechte bei der **libertas fideicommissaria** anzunehmen, was insbesondre auch noch durch **princ. eod.** und durch den schwankenden Ton dieser Stelle unterstützt wird („*mihi videtur posse dici*"), s. auch Glück S. 474 fgg., Sell S. 286 fgg., Sintenis III. S. 397. Anm., und deßhalb kann man auch nicht der Ansicht von Savigny, Syst. III. S. 133 fgg. und Puchta, Lehrb. § 473. Not. l. und Vorl. ad h. l. folgen, welche aus dieser Stelle den Satz ableiten, daß Fideikommisse überhaupt geradezu von dem Willen eines Dritten hätten abhängig gemacht werden können, und daß dieses jetzt seit der Justinianischen **exaequatio** als allgemeine Regel für alle Vermächtnisse angesehen werden müsse. Diese angebliche Verschiedenheit zwischen Legaten und Fideikommissen ist auch aus innern Gründen sehr unwahrscheinlich, und sollte sie wirklich einmal früher bestanden haben, so

ist sie doch wohl jedenfalls seit dem Hadrianischen Senatuskonsult bei Gai. II. 287. weggefallen.

2) Eben so unterschied man von der blosen Willkür das billige Ermessen, arbitrium boni viri, denn von diesem kann allerdings eine letztwillige Disposition abhängig gemacht werden, l. 75. pr. de leg. I, l. 1. §. 1. de leg. II. l. 11. §. 7. de leg. III, l. 46. §. 3. de fideic. libert. (40, 5). Wie Savigny, Syst. III. S. 132. Not. k. behaupten kann, daß eine solche Bestimmung des Erblassers nur als eine nichtssagende Höflichkeit gegen den Erben ausgelegt, und von diesem Gesichtspunkt aus das Vermächtniß aufrecht erhalten worden sei, ist mir in der That nicht wohl begreiflich, da keine einzige der angeführten Stellen auch nur entfernt darauf hindeutet, daß ein solcher Zusatz ganz unbeachtet bleiben müsse.

3) Sehr konsequent wird auch von dem velle das non nolle unterschieden, und demgemäß ist ein Vermächtniß unter der Bedingung: *nisi heres noluerit* vollkommen giltig, l. 11. §. 5. de legat. III. Hat sich in solchem Fall der Erbe einmal zustimmend erklärt, so kann er nachher seinen Willen nicht mehr ändern.

4) Ueberhaupt aber soll der fremde Wille nur dann nicht entscheiden dürfen, wenn die Existenz der Disposition davon abhängig gemacht war, und deßhalb kann man z. B. vollkommen giltig die Zeit der Auszahlung der Willkür des Onerirten überlassen, l. 46. §. 4. de fideic. libert., in welchem Falle wenigstens der Todestag desselben als Zahlungstermin angenommen wird, l. 11. §. 6, l. 41. §. 13. de leg. III. Ferner kann man auch dem Onerirten aufgeben, unter mehreren Genannten den Honorirten auszuwählen, und unterbleibt hier die Wahl, so haben alle Genannten gleiche Ansprüche, l. 24. de leg. II, l. 7. §. 1. de reb. dub. (34, 5), l. 46. §. 5. de fideic. libert., und eben so kann auch die Bestimmung des Objekts der Willkür eines Andren überlassen werden, l. 110. de leg. I, l. 3 §. 1. C. comm. de leg. et fideic. (6, 43).

Ob diese Grundsätze des röm. Rechts noch h. z. T. anwendbar seien, ist ausnehmend bestritten. Viele behaupten nämlich, durch eine Dekretale von Innocenz III. sei es allgemein gestattet, seinen letzten Willen in die Willkür eines Andren zu stellen, cap. 13. X. de testam. (3, 26):

„Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus“,

vgl. unter den Neueren bes. Schrader a. a. O. S. 71 fgg., Roßhirt, Verm. I. S. 318 fgg. und Mayer, Legate §. 31. Not. 13. S. 191 fgg., s. auch Thibaut, Syst. §. 951, Schweppe, Lehrb. §. 800. a. E., Wening §. 454. u. A. m. Andre dagegen nehmen an, durch diese Dekretale sei im Wesentlichen nichts am röm. Rechte geändert worden, eine Meinung, die von den bei Weitem meisten Aelteren, und unter den Neueren bes. von Glück vertheidigt wird, vgl. dessen Innocentius III. in cap. 13. X. de test. juri civili haud derogans. Erl. 1784. sect. II. (opusc. fasc. I. p. 238 sqq.), und Komm. XXXIV. S. 1 fgg. Ich halte diese letzte Meinung für die richtigere. Zum bessern Verständniß des cap. 13. cit. muß man folgende Voraussetzungen fest halten:

a) Hauptsächlich für Geistliche hatte sich im Mittelalter die feste,

durch Stiftsstatuten und Konzilien anerkannte, Gewohnheit gebildet, durch Andre über ihren Nachlaß verfügen zu können, welche Andren unter dem Namen der *manufideles*, oder wohl auch *testatores et ordinatores* vorkommen, vgl. darüber *Dürr*, de manufidelibus in specie ecclesiasticorum tum principum tum privatorum in Germ. Mog. 1762. (in *Schmidt*, thes. jur. eccles. tom. VI. p. 328 sqq.), Glück a. a. O. Für Laien läßt sich eine solche Gewohnheit schwerlich nachweisen, und nur etwas Aehnliches kommt vor, wenn dieselben *ad pias causas* testirt hatten, indem, wenn sie selbst keine näheren Bestimmungen gemacht hatten, die Bischöffe als Exekutoren des letzten Willens das Nähere anordneten. Die entgegengesetzte Ansicht findet sich zwar nicht selten, vgl. bes. Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. I. S. 211 fgg., Desselben Vermächtn. I. S. 319, aber es liegt hierbei doch wohl eine Verwechselung zu Grunde. Allerdings kommen nämlich auch bei Laien, Manufidelen (Treuhänder, Salmannen) vor, aber nicht in der Weise, wie bei Geistlichen, daß dieselben Statt des Erblassers Dispositionen zu treffen berechtigt gewesen wären, sondern nur so, daß sie die ihnen vom Erblasser im Geheimen mitgetheilten letztwilligen Verfügungen desselben zu vollziehen hatten; und freilich mußte ein derartiges Institut in einer Zeit, wo eigentliche Testamente im römischen Sinne nicht in Uebung waren, und die gesetzlichen Erben sich begreiflich wenig beeifern mochten, die ihnen nachtheiligen Auflagen des Erblassers zu realisiren, als sehr natürlich und nothwendig erscheinen; vgl. auch Beseler, Erbvertr. I. S. 277 fgg., Ders. in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. IX. S. 146 fgg., bes. S. 153 fg., Scholz, über Testaments-Vollzieher S. 16 fgg. und in Gießer Zeitschrift XX. S. 126 fgg., Zöpfl, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte 2. Aufl. Bd. II. S. 375 fgg., 3. Aufl. S. 827 fgg.

b) Durch päpstliche Indulte wurde manchen Bischöffen das Privilegium gegeben, im Falle ein Geistlicher ihrer Diözese ohne Testament verstarb, über den Nachlaß desselben frei zu verfügen (s. g. jus spolii).

Das cap. 13 cit. ist nun das Stück eines Briefes an den Bischoff von Auxerre, dessen erste Hälfte in cap. 18. X. de V. S. vorkommt, der uns aber auch vollständig erhalten ist, vgl. Epistt. Innoc. III. Rom. Pont. in unum collect. a. Steph. *Baluzio*, Par. 1682 fol. tom. I. p. 631 sqq. Dieser Bischoff hatte nämlich das vorher erwähnte jus spolii, gerieth aber eben wegen desselben mit seinen canonici in Streit, und legte zur Schlichtung desselben dem Papste die beiden Streitpunkte vor, nämlich 1) ob das Wort clericus auch auf die canonici bezogen werden dürfe, und 2) ob der Geistliche, welcher die ganze Regulirung seines Nachlasses einem Andren überlassen, als intestatus verstorben angesehen werden könne? („Secundo, an illi, qui in dispositione et voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem, nil per se penitus ordinantes, nec determinantes, quid, cui loco vel personae conferri debeat, dicantur decedere intestati?"). Die erste Frage wird bejaht (c. 18 cit.), die zweite aber verneint, was eben den Gegenstand des cap. 13 cit. ausmacht. Hiernach ist es wohl außer allem Zweifel, daß Innocenz auch nicht im Entferntesten daran dachte, durch diese Dekretale einen der wichtigsten Grundsätze des testamentarischen Erbrechts der Römer aufzuheben, sondern daß er dabei nur,

das Gewohnheitsrecht seiner Zeit im Auge habend, voraussetzt, den Geistlichen stehe das Recht zu, die Errichtung eines letzten Willens einem Andren zu überlassen. Seine Verordnung besteht nur darin, daß, wenn der Geistliche von diesem althergebrachten Rechte Gebrauch mache, das jus spolii des Bischoffs eben so ausgeschlossen sein solle, als wenn er wirklich selbst über seinen Nachlaß verfügt hätte. Wenn nun aber Schrader a. a. O. behauptet, daß dieser ursprüngliche Sinn der Dekretale durch die Fassung, welche dieselbe in der Sammlung Gregor's IX. erhalten habe, wesentlich verändert sei, und hiernach es allerdings einem Jeden gestattet sein müsse, durch einen Andren zu testiren, so läßt sich dies gewiß nicht rechtfertigen. Auch in der Fassung, in welcher das cap. 13 cit. in der Gregorianischen Sammlung vorkommt, ist als Gegenstand der Entscheidung nicht die Frage anzusehen: „ist es erlaubt, seinen letzten Willen der Disposition eines Andren zu überlassen?" sondern vielmehr die andre: „wenn Jemand (welcher das Recht dazu hat) in der bemerkten Weise testirt, welchen Effekt hat dies?" Da nun von Niemanden bezweifelt wird, daß das Institut der Manufidelen gänzlich aus unsrem Rechtsleben verschwunden, und damit die Voraussetzung für die Entscheidung von Innocenz vollständig hinweggefallen ist, so hat damit von selbst die Dekretale alle und jede Bedeutung verloren. —

Ist nun aber diese Auffassung auch nur möglich -- obgleich sie gewiß mehr, als dies ist — so muß sie unbedingt der andren vorgezogen werden, indem Abänderungen des römischen Rechts durch das kanonische überhaupt nicht, und am wenigsten dann zu vermuthen sind, wenn sie so tief in das Wesen einer Lehre eingreifen, wie die von Schrader behauptete; denn es läßt sich nicht verkennen, daß, wenn nach jener Dekretale wirklich Jemand einem Andren die Vertheilung des Nachlasses überlassen könnte, das römische testamentarische Erbrecht in seinem Grundwesen erschüttert wäre und unabsehbare Inkonvenienzen zum Vorschein kämen. Es ist daher nicht zu verwundern, daß sich die communis DD. opinio von jeher für diese Ansicht aussprach, und dieselbe auch in der Praxis die allein herrschende ist; vgl. die bei Glück Angeff., und unter den Neueren Sell a. a. O. S. 290 fgg., Savigny, Syst. III. S. 133. Not. z, Beseler in der Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 192 fgg., Heimbach a. a. O. S. 908 fgg. und die Lehr- und Handbücher von Valett §. 1205, Mejer V. §. 800, Göschen §. 799, Puchta §. 472. Not. k. (vgl. Vorles. ad h. l.), Seuffert §. 535. a. E., Sintenis III. §. 171. Anm. 3, Arndts §. 491. Anm. 4, Keller §. 492. Not. 19.

2) In Betreff der Willenserklärung. §. 433.

Anm. 1. Die Willenserklärung muß, abgesehen davon, daß sie mit dem Entschlusse zu testiren gemacht sein muß, l. 24. de test. milit. (29, 1), l. 17. de jure codicill. (29, 7), l. 11. §. 1. de leg. III., dem Willen entsprechend und vollständig sein. Von beiden Erfordernissen ist noch genauer zu handeln.

I. Das erstangegebene Erforderniß darf nicht so gedeutet werden, daß der Testator gerade die geeignetsten Ausdrücke gebrauchen müsse, indem vielmehr die

letztwillige Disposition auch dann gilt, wenn der Testator sich sehr unpassend und uneigentlich ausgedrückt hat, sofern nur der wirkliche Wille desselben aus der Disposition erkannt werden kann. Sondern die Bedeutung jenes Requisits ist nur so aufzufassen, daß die Disposition nichtig ist, wenn entweder der Ausdruck so zweideutig ist, daß ein sicheres Resultat daraus gar nicht entnommen werden kann, l. 73. §. 3. de R. J.:

> Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent,

vgl. l. 2. de his, quae pro non script. (34, 8), oder der Ausdruck zwar bestimmt ist, aber ein von dem wirklichen Willen des Testators abweichendes Resultat giebt, denn, wie es in l. 3. de reb. dub. (34, 5) heißt: „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur“. Daraus ergiebt sich denn von selbst, daß die letztwillige Verfügung ungiltig ist, wenn der Testator einen Honorirten nannte, an den er nicht dachte, l. 9. pr. de hered. instit. (28, 5), oder wenn er über eine andre Sache verfügte, als die ihm im Sinne lag, l. 9. §. 1 eod. Doch kommen mehrere, und zwar größten Theils sehr verständige Modifikationen dieses Grundsatzes vor:

1) Wenn die irrige Bezeichnung nur darin liegt, daß ein falsches Nomen proprium gebraucht ist, so soll, wenn anders der Wille des Erblassers unzweifelhaft ist, diese falsche Bezeichnung unschädlich sein, §. 29. J. de legat., l. 9. pr. de hered. instit., l. 4. pr. de legat. I, l. 7. §. 2. de suppellect. leg. (33, 16), l. 4. C. de testam. (6, 23), l. 7. §. 1. C. de legat. (6, 37), denn die nomina propria sind willkürlich und wandelbar, l. 4. pr. de leg. 1, während die nomina appellativa auf das Innigste mit dem Begriff der Sache selbst zusammenhängen, und nicht durch die Willkür eines Einzelnen eine andre Bedeutung erhalten können, l. 4. cit., l. 7. §. 2. de supp. leg. Die bemerkte Nachsicht in Betreff der nomina propria ging sogar so weit, daß, wenn der Testator, welcher nicht Plotius hieß, gesagt hatte: Titius soll der Erbe des Plotius sein, angenommen wurde, es sei eine giltige Erbeinsetzung vorhanden, indem der Testator sich in seinem eignen Namen geirrt habe. Dies ist jedoch von Justinian in l. 14. C. de hered. inst. (6, 24) aufgehoben, indem hiernach eine solche Erbeinsetzung nur dann zu Recht bestehen soll, wenn der Testator einen Plotius beerbt hatte, oder wenn er einen Plotius zum Erben eingesetzt hatte, in welchem letztren Falle Titius als Substitut des Plotius angesehen werden soll.

2) Ganz das, was vom nomen propium gesagt ist, gilt auch von der *demonstratio* „nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur“, l. 34. de condit. et dem. (35, 1), und wir finden daher häufig den Satz ausgesprochen: *falsa demonstratio non nocet*, §. 30. J. de legat., l. 48. §. 3. de hered. inst., l. 17. pr. §. 1, l. 33. pr., l. 34. pr. de cond. et demonstr., l. 3. 5. C. de falsa causa adj. (6, 44).

3) Wenn der Erblasser eine andre Quantität ausgedrückt hat, als er erweislich im Sinne hatte, so soll der Wille der Schrift vorgehen, l. 9. §. 2—4. de hered. inst., l. 15. pr. de leg. I. Hatte er nämlich einen größeren Theil

oder eine größere Summe angegeben, als er eigentlich wollte, so war ja doch die geringere Quantität auch angegeben, und in Beziehung auf diese war also Wille und Ausdruck des Willens zusammen vorhanden, legg. cit. Weniger zu rechtfertigen scheint dagegen die Entscheidung für den andern Fall, wenn der Erblasser eine geringere Quantität geschrieben und an eine größere gedacht hat, und in der That beruft sich auch Ulpian dafür, daß hier die gedachte größere Quantität entscheiden solle, auf kaiserliche Reskripte, l. 9. §. 2. cit.

4) Aehnlich ist die Entscheidung für den andern Fall, wenn der Disposition eine Bedingung beigefügt ist, die nicht in der Absicht des Testators lag. Diese soll nämlich als nicht zugefügt betrachtet werden, „quia non nuncupatum videtur, quod contra voluntatem scriptum est“, l. 5. de hered. instit. Wenn auch dieser Grund sich eigentlich nur auf das alte testam. per aes et libram bezieht, dessen wahre Kraft nur in der nuncupatio, nicht in den tabulae lag, so muß doch noch jetzt dasselbe gelten, weil Justinian den Satz selbst als geltendes Recht aufgenommen hat. Ist dagegen eine Disposition unbedingt ausgedrückt, während der Testator erweislich eine Bedingung zufügen wollte, so ist die Verfügung allgemeinen Grundsätzen gemäß nichtig, l. 9. §. 5. cit., während, wenn der Testator nur erklärte, er werde der Erbeinsetzung noch Bedingungen zufügen, und dies ist nicht geschehen, die Erbeinsetzung als unbedingte wirksam ist, l. 8. C. de instit. et substit. (6, 25). Wie man einen Widerspruch zwischen der Verordnung Justinian's und der l. 9. §. 5. cit. hat annehmen können, ist nicht wohl einzusehen, und fast lächerlich sind die vielfachen Vereinigungs-Versuche, vgl. darüber Mühlenbruch XXXVIII. S. 422 fgg. und Sarwey im ziv. Arch. XXIX. S. 396 fgg. Namentlich ist auch die Erklärung der l. 8. C. cit., welche der eben angeführte neueste Schriftsteller über diese Frage, a. a. O. S. 191 fgg., zur Beseitigung jenes angeblichen Widerspruchs ausführlich vertheidigt, m. E. völlig mißlungen. Sarwey geht nämlich davon aus, daß unter den conditiones infra scriptae nicht Bedingungen, sondern beliebige andre „Bestimmungen“ verstanden werden müßten; und der Sinn der kaiserlichen Entscheidung sei demnach der „wenn der Erblasser bei der Erbeinsetzung erklärt habe, er werde weiter unten noch nähere Bestimmungen zufügen, aber es fänden sich keine solchen, so werde deßhalb die Erbeinsetzung nicht ungültig; fänden sich dagegen wirklich in einem spätern Theil des Testaments solche Bestimmungen vor, so sollten diese nun als Bedingungen der Erbeinsetzung aufgefaßt werden“. Wie der Kaiser zu einer solchen erorbitanten Vorschrift gekommen sein sollte, ist wahrlich schwer einzusehen. Der einfache Sinn der l. 8. cit. ist vielmehr offenbar folgender: „Der Umstand, daß der Erblasser bei der Erbeinsetzung auf Bedingungen hinweis't, die er noch weiter unten in seinem Testamente anführen werde (ille heres esto *secundum conditiones infra scriptas*), kann niemals die Ungiltigkeit des Testaments herbeiführen; denn entweder finden sich solche Bedingungen nicht, und dann gilt die Erbeinsetzung als eine unbedingte [weil man unter diesen Umständen, ganz anders wie in dem Falle der l. 9. §. 5. cit zu der Annahme berechtigt ist, daß der Erblasser noch während des Testirakts seine Meinung geändert hat]; oder es finden sich solche Bedingungen an einer späteren Stelle des Testaments wirklich, und dann ist Alles so, wie wenn diese Bedin-

gungen sogleich bei der Erbeinsetzung zugefügt wären [was wegen der bekannten Grundsätze über Unzulässigkeit der ademtio hereditatis hätte bezweifelt werden können]". Vgl. auch Rudorff in Puchta's Lehrb. §. 472. Not. q.

II. Was das Requisit der Vollständigkeit anbelangt (vgl. l. 29. pr. qui test. fac. poss. (28, 1), l. 11. §. 1. de leg. III), so bezieht sich dies theils auf die Solennitäten, theils auf den Inhalt des letzten Willens. In erstrer Rücksicht gilt die Regel, daß wenn ein bloser, noch nicht solennisirter Entwurf vorliegt, gar nichts, und selbst nicht das gilt, was an und für sich betrachtet gar keiner Form bedurfte, legg. citt., und auch die Disposition ist ungiltig, wobei zwar die gesetzlichen Vorschriften vollständig gewahrt sind, wobei aber der Testator noch die Beobachtung andrer, willkürlicher Formalitäten beabsichtigte; denn bis auch diese hinzugekommen sind, ist das Ganze in den Augen des Testators noch ein bloser Entwurf, dem also natürlich auch keine Wirksamkeit beigelegt werden kann. Was die zweite Rücksicht anbelangt, so gilt, obwohl alle Solennitäten vollständig gewahrt sind, das ganze Testament nicht, wenn es an aller Erbeinsetzung fehlt (was nicht nur bei einer s. g. mystischen Erbeinsetzung, sondern auch dann leicht vorkommen kann, wenn der Testator das Testament durch einen Andern schreiben ließ, den Namen des Erben aber selbst nachtragen wollte, und dies aus Versehen unterblieben ist), oder, wenn zwar Erbeinsetzungen vorkommen, aber es gewiß ist, daß der Erblasser auch noch Andere instituiren wollte, l. 25. qui test. fac. poss. (28, 1). Fehlt dagegen blos die Festsetzung beabsichtigter Vermächtnisse, so kann dies die Wirksamkeit der wirklich ausgedrückten Dispositionen gewiß nicht aufheben, denn „utile per inutile non vitiatur". Die Analogie des vorigen Falls kann nicht dagegen entscheiden, indem zwar wohl die Erbeinsetzungen, aber nicht auch die Legate zu den essentialia des Testaments gehören. Wie es sich verhalte, wenn beabsichtigte Bedingungen aus Versehen nicht beigefügt wurden, ist vorher bei I. a. E. bemerkt worden. Vgl. überhaupt *Harprecht,* de testam. ratione voluntatis imperfecto. Tüb. 1693. (in dessen diss. acad. vol. I. nr. 44), Mühlenbruch XXXVIII. S. 402 fgg. —

Außer den bisher betrachteten Erfordernissen der Willenserklärung war aber im früheren Rechte noch manches Andere zu beachten, und zwar zunächst die Sprache. Noch zur Zeit der Pandektisten war es nämlich Grundsatz, daß alle rein zivilen Akte in lateinischer Sprache vorgenommen werden mußten, l. 8. fin. de accept. (46, 4), vgl. Gai. III. 93, Zimmern, Rechtsg. I. §. 13. Not. 20. 21. ibique citt., und damit hängt denn auch der zu jener Zeit geltende Satz zusammen, daß diejenigen letztwilligen Dispositionen, welche sich auf das Zivilrecht gründen, d. i. die Erbeinsetzung, Legat, tutoris datio und testamentarische Freilassung nichtig waren, wenn der Erblasser sie in einer andren, als der römischen Sprache ausgedrückt hatte, Gai. II. 281, Ulp. XXV. 9. Fideikommisse dagegen, als ein Erzeugniß des jus gentium, konnten in jeder Sprache giltig hinterlassen werden, Gai. und Ulp. citt., l. 11. pr. de leg. III., und wirklich kommen auch in unsren Rechtsquellen nicht selten Beispiele von Fideikommissen vor, welche in griechischer Sprache abgefaßt waren, vgl. l. 34. §. 1, l. 88. §. 15. de leg. II, l. 37. §. 5. 6. de leg. III. Jener nothwendige Gebrauch der lateinischen Sprache wurde auch nicht, wie Manche glauben, durch

die Konstantinische l. 15. C. de test. (6, 23) erlassen, indem sich diese nur auf die Formeln bezieht, sondern erst durch Theodos d. J., und zwar nicht nur für Erbeinsetzungen und Legate, l. 21. §. ult. C. de test. (6, 23), sondern auch für testamentarische Freilassung, l. 14. C. de testam. manum. (7, 2) und für tutoris datio, l. ult. C. de testam. tut. (5, 28) [welche drei Verordnungen nur Stücke einer einzigen von Tribonian auseinander gerissenen Konstitution jenes Kaisers sind, vgl. Nov. Theod. tit. IX. fin., in der Ritter'schen Ausg. des Theod. Cod. tom. VI. pars II. p. 30, in dem Berliner jus civ. antej. tom. II. p. 1253, bei Hänel p. 64]. — Wie auf die Sprache, so kommt es auch im Justinianischen Rechte nicht mehr auf die Anwendung gewisser Wortformeln an, indem Konstantin sowohl für Erbeinsetzungen, als für Legate den Gebrauch derselben für überflüssig erklärte, l. 15. C. de test. (6, 23), l. 21. C. de legat. (6, 37); über das frühere Recht vgl. Gai. II. 117, Ulp. tit. XXI. — Gai. II. 193 sqq., Ulp. XXIV. §. 3 sqq.

Anm. 2. Wenn der letzte Wille schriftlich erklärt werden soll, so kann dies sowohl von dem Testator selbst, als auch von einem Dritten (testamentarius) geschehen. Für diesen letztren Fall ist aber die Vorschrift des *SC. Libonianum* (769 d. St.) von besondrer Bedeutung, vgl. Dig. XLVIII. 10. de lege Cornelia de falsis et de SCto Liboniano, Cod. IX. 23. de his, qui sibi adscribunt in testamento, *Mascov.*, de his, qui sibi adscribunt in test., ad explicat. SCti Libon. Lips. 1731. 4, *Marckart,* de his, qui sibi adscrib. in test. (in exercitt. acadd. nro. 3), *Daniels,* de SCto Libon. ejusque usu hodierno. Bon. 1791, Keller, Institut. S. 361 fgg. Hierdurch wurde nämlich verfügt, daß jede zu Gunsten des testamentarius gereichende, von diesem selbst niedergeschriebene Disposition ungiltig sein solle, wozu denn später (durch ein *edictum Claudii)* noch die andre Verfügung kam, daß in einem solchen Falle den testamentarius noch außerdem die Strafen der lex Cornelia de falsis treffen sollten. Es kommen hierbei im Einzelnen besonders folgende Punkte in Betracht:

1) Ob die letztwillige Disposition, in welcher die Abskription vorgenommen ist, giltig oder nicht ist, macht keinen Unterschied, l. 6. pr. h. t.; nur ist freilich nöthig, daß das Testament perfekt sei, l. 6. cit.

2) Dem gesetzlichen Verbote sind alle Personen unterworfen, selbst die liberi und der Patron des Testators, obwohl doch diese im Falle der Präterition eine bon. poss. contra tabulas haben, l. 6. §. 3, l. 14. §. 2. h. t., und haben diese doch gegen das SCtum gefehlt, so geht auch diese bon. poss. verloren, legg. citt. Selbst auch, wenn der testamentarius für einen Andren erwirbt, z. B. als Haussohn, tritt die Verfügung des SCtum ein, und es macht in diesem Falle keinen Unterschied, ob er sich selbst oder seinem Vater, oder dem, welcher mit ihm in derselben Gewalt steht, das Legat zuschreibt, l. 10. pr. h. t.

3) Dem SC. ist jede Verfügung unterworfen, durch die der Schreiber irgend einen Vortheil erhält, also nicht blos, wenn er sich ein Legat, oder als Sklave die Freiheit zuschreibt, sondern auch wenn er als eingesetzter Erbe die Exheredation der Söhne, l. 6. §. 1. h. t., oder die Ademtion eines Legats oder einer konzedirten Freiheit niederschreibt, l. 6. §. 2, l. 22. §. 7. h. t., oder wenn

er den früheren Kodizill, in dem ihm ein Legat hinterlassen war, konfirmirt, l. 22. §. 6. h. t.

4) Ganz gleichgiltig ist es, ob der Vortheil unmittelbar oder mittelbar dem Schreiber zufällt. Wenn er also demjenigen abskribirt, durch welchen er erwirbt, d. i. seinen Sklaven oder Haussöhnen, so trifft ihn die Strafe des SC. l. 15. pr. h. t., aber doch nur insofern er wirklich erwirbt; also nicht, wenn er dem Sklaven für den Fall der Freiheit, oder dem Sohn für den Fall der Emanzipation ein Legat zuschreibt, l. 22. §. 5. h. t., vgl. auch l. 4. pr. §. 1. de his quae pro non script. hab. (34, 8), l. 11. pr., l. 22. §. 1—4. h. t. Daß er nahe verwandten Personen einen Vortheil zuschreibt, etwa der Mutter, l. 11. §. 1. h. t., oder seiner Ehefrau, l. 18. pr. oder seinem emanzipirten oder in Adoption gegebenen Sohne l. 22. §. 2. h. t., schadet nichts, und auch dadurch handelt er nicht gegen das Gesetz, wenn er einem Extraneus abskribirte, den er nachher in seine Gewalt bekommt, l. 10. §. 1. h. t.

5) Ist gegen das Gesetz gehandelt, so ist außer der Strafe der lex Cornelia der Erfolg der, daß die Disposition, insoweit sie dem Schreiber Vortheil bringt, für nicht geschrieben angesehen wird, l. 1. de his, quae pro non script. hab. Das Vermächtniß also, welches dem Schreiber und dem Dritten gemeinschaftlich zugedacht ist, bleibt in Bezug auf den Dritten vollkommen wirksam, l. 14. §. 1. h. t., und eben so werden die Substitutionen und fideikommissarischen Restitutionen aufrecht erhalten, l. 1. 5. de his, quae pro non script. hab., l. 14. §. 2. fin., l. 17. h. t. Selbst wenn der testamentarius die ademtio der fideikommissarischen Freiheit eines ihm legirten Sklaven niedergeschrieben hat, so hat die ademtio volle Kraft, und nur das Legat ist für den testamentarius erloschen, l. 22. §. 7. h. t.

6) Offenbar lag der ganzen Verfügung die Idee zum Grunde, daß es für einen ehrliebenden Mann ungeziemend sei, dadurch, daß er in einem von ihm geschriebenen Testamente eines Andren sich selbst bedenke, den Verdacht der Erbschleicherei auf sich zu laden, und man nahm dies so sehr als in der Natur der Sache liegend an, daß selbst nicht Irrthum in Bezug auf das Gesetz einen Unterschied machen soll, l. 15. pr. h. t. l. 3. C. eod. Konsequent nahm man dann auch an, daß das Gesetz selbst dann nicht zessiren soll, wenn der Schreiber erweislich den Willen des Erblassers niedergeschrieben hat, was nur bei dem Sklaven und den Haussöhnen eine Ausnahme litt, weil diese dem Befehle des Herrn oder Vaters nicht widerstehen durften, und auch in diesem Falle mußte der Befehl aus einer eigenhändigen Unterschrift des Gewalthabers erhellen, l. 14. pr., l. 15. §. 1. 3, l. 22. §. 9. h. t. Doch gingen kaiserliche Konstitutionen weiter, indem hiernach auch bei einem Extraneus das Legat vollkommen giltig sein soll, wenn der Erblasser eigenhändig bezeugt, daß er ihm das Vermächtniß hinterlassen habe, während, wenn er blos das Diktiren bezeugt, das Legat allerdings ungiltig bleibt, aber doch die Strafe der lex Cornelia hinwegfällt, l. 15. §. 1. h. t., l. 2. C. h. t., vgl. l. 1. §. 8. D. eod. Dieses Letztre ist auch dann der Fall, wenn der Haussohn oder Sklave auf Befehl des Testators die Disposition niederschreibt, ohne daß dieser es eigenhändig bestätigt, l. 6. C. h. t., und auch Irrthum soll den Schreiber von der Strafe befreien, wenn die Tochter in dem

Testamente ihrer Mutter, l. 15. §. 5. h. t., und der Soldat im Testamente seiner Kommilitonen, l. 5. C. h. t., gegen das Gesetz verstößt, so wie auch die Mutter frei sein soll, wenn ihr Sklave im Testamente ihres Sohns ihr ein Legat zuschreibt, l. 15. §. 4. h. t. Das ganze Gesetz aber, nicht blos die Strafe der lex Cornelia soll hinwegfallen, wenn der Schreiber der einzige Intestaterbe des Testators ist, l. 1. C. h. t.

IV. Von Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

A) Conditio.

Dig. XXVIII. 7. de conditionibus institutionum, XXXV. 1. de conditionibus [et demonstrationibus et causis et modis eorum], quae in testamento scribuntur. — Cod. VI. 25. de institutionibus et substitutionibus sub conditione factis, VI. 46. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. Die Literatur s. oben Band I. S. 131; vgl. auch noch Brackenhöft in G. Z. n. F. XVII. S. 227 fgg., Mayer, Legate §. 32 fgg., Tewes, Syst. S. 216 fgg., Bering S. 321 fgg., Unger, östr. Erbr. §. 16.

1) Im Allgemeinen. §. 434.

Anm. 1. Obwohl die allgemeinen Begriffe und Grundsätze über Bedingungen (vgl. Bd. I. §. 93 fgg.) regelmäßig auch in der Lehre von den letzten Willen anwendbar sind, so treten doch hierbei auch zahlreiche und bedeutende Abweichungen davon ein, deren besondere Erörterung nicht umgangen werden kann. Zunächst ist hier die sehr einflußreiche Abweichung näher zu betrachten, daß mehrere Arten von Bedingungen bei letzten Willen als unzulässig erscheinen, deren Zufügung bei Geschäften unter Lebenden gar keinen Anstand oder doch wenigstens andere Wirkungen hat, als bei letztwilligen Dispositionen; und zwar kommt dies in der zweifachen Weise vor, daß manche Bedingungen für nicht zugefügt gelten, andre aber die Disposition selbst vernichten.

I. Für nicht zugefügt ist zu halten, abgesehen von dem schon oben S. 100. erwähnten Falle:

1) die Resolutivbedingung, wenigstens bei Erbeinsetzungen, während dieselbe bei Vermächtnissen ganz die gewöhnlichen Wirkungen äußert. Diese Ansicht ist wenigstens die herrschende, und es stützt sich dieselbe, was Erbeinsetzungen anbelangt, auf den bekannten Satz der l. 88. de hered. instit.: „semel heres, semper heres", vgl. auch l. 8. §. 10. de minor. (4, 4), l. 3. §. 2. n. de liber. et post. (28, 2) und l. 15. §. 4. de test. milit. (wo es

als eine Besonderheit angeführt wird, daß der Soldat einen Erben *ad tempus* ernennen kann), und in Beziehung auf Legate auf l. 26. C. de legatis (6, 37). Dagegen aber nehmen mehrere Neuere an, daß sowohl bei den heredis institutio, als bei dem Legat die zugefügte Resolutiv-Bedingung in die entgegengesetzte suspensive verwandelt werden müsse; vgl. v. Wening-Ingenheim im ziv. Arch. I. 9, Zimmern das. VII. 7, Mejer in Schweppe's Handb. V. S. 64, Mayer, Erbr. I. §. 20. Anm. 5; vgl. auch dessen Legate §. 32. Anm. 18. Die Gründe für diese neue Theorie sind im Wesentlichen folgende: „Für das Legat sei es nicht nur ausdrücklich anerkannt, daß die Resol. Bedingung keine resolvirende Kraft habe, l. 55. de legat. I, sondern es sei auch auf das Deutlichste jene Umwandlung derselben in die umgekehrte suspensive in einer Reihe von Gesetzen vorgeschrieben, vgl. l. 10. 14. de adim. v. transf. leg. (34, 4), l. 107. fin. de condit. et demonstr., l. 6. pr. quando dies legat. (36, 2). Dem stehe auch die l. 26. C. cit. nicht entgegen, denn hier sei nicht von einem bedingten, sondern nur von einem betagten Legat die Rede; denn man habe früher auch kein *tempus* ad quod dem Legat zufügen können, l. 44. §. 1. de O. et A. (44, 7). — Für die Erbeinsetzung fehle es nun zwar an solchen gesetzlichen Vorschriften, wie für Legate. Da es aber ausdrücklich anerkannt sei, daß Bedingungen mehr dem Willen des Testator gemäß, als nach den Worten auszulegen seien, l. 19. pr., l. 101. pr. de cond. et dem., so müsse man die Bedingung: Titius soll Erbe sein, bis der oder jener Umstand eintritt, allerdings nicht buchstäblich nehmen, weil da l. 88. de hered. inst. entgegenstehe, sondern sie sei so auszulegen, als ob der Erblasser gesagt habe: Titius soll Erbe sein, wenn der oder jener Umstand nicht eintritt; denn praktisch sei es ziemlich einerlei, ob Jemand etwas sogleich erhalte, und bei eintretender (Resol.) Bedingung mit allen Nutzungen herausgeben müsse, oder ob er erst bei eintretender (Susp.) Bedingung erwerbe, dann aber rückwärts mit allen Nutzungen. Nicht nur die Natur der Sache aber spreche für eine solche Umkehrung der Res. Bed. bei Erbeinsetzungen, sondern auch sehr dringend die Analogie der Legatentheorie".

Gegen diese Ausführungen aber ist zu erinnern:

a) Die angebliche gesetzliche Vorschrift jener behaupteten Umkehrung bei Vermächtnissen beruht auf einem offenbaren Mißverständniß. Sämmtliche zitirte Stellen reden nämlich nicht von Resolutiv-Bedingung, sondern von der davon gar sehr verschiedenen bedingten Ademtio. Eine solche ist z. B. vorhanden, wenn der Erblasser vorher sagte: „ich vermache dem Titius 100"; nachher aber hinzufügte: „Titius soll die 100 nicht haben, wenn der oder jener Umstand eintritt". Daß dies eben so viel ist, als wenn es hieße: „Tit. soll die 100 haben, wenn jener Umstand nicht eintritt", und daß also die römischen Juristen ganz der Natur der Sache gemäß erklärten, die bedingte ademtio enthalte eine datio unter der entgegengesetzten Bedingung, ist von selbst klar. Von einer solchen negativ ausgedrückten Susp.-Bedingung unterscheidet sich aber sehr augenfällig die Resol.-Bedingung („Tit. soll die 100 so lang haben, bis der Umstand eingetreten ist; dann soll er sie herausgeben"), und daß auch bei dieser eine solche Umkehrung je beliebt haben sollte, ist durch kein Zeugniß angedeutet. Vielmehr war bei Legaten die Zufügung einer Resolutiv-Bedingung oder eines tempus

ad quod ganz unstatthaft, l. 55. de leg. I., l. 44. de O. et A., was aber Justinian in l. 26. C. cit. änderte, und zwar nicht blos bei dem betagten, sondern auch bei dem bedingten Vermächtniß, denn er redet dort allgemein von dem legatum ad tempus und temporale, also gewiß auch von dem ad tempus incertum, welches unter gleichen Grundsätzen mit der conditio steht, oder vielmehr wirklich eine conditio ist. Dies bestätigt sich noch mehr dadurch, daß Justinian sagt, er wolle die bei Verträgen schon geltenden Grundsätze auch auf Legate ausdehnen; bei Verträgen aber gilt die exc. doli, einerlei ob ein dies oder eine conditio dieselben zu temporales macht, §. 3. J. de V. O. (3, 15), l. 56. §. 4. de V. O. (45, 1), l. 44. §. 1. 2. fin. de O. et A. (44, 7). — Heutzutage hat also die einem Vermächtniß beigefügte Ref.-Bedingung ohne Zweifel ihre gewöhnlichen Wirkungen, d. h. der Honorirte erhält zwar dasselbe gleich, verliert es aber wieder, sobald die Bedingung eintritt.

b) Durch das bisher Gesagte fällt auch bei Erbeinsetzungen der Hauptgrund der neuen Theorie, nämlich die Analogie der Legate von selbst hinweg, und eben so ungegründet sind die übrigen Argumente. Denn wenn es auch wahr ist, daß man bei letzten Willen, und insbesondere bei Bedingungen, mehr den Willen, als die etwa undeutlichen Worte berücksichtigen soll, so darf dies doch nie so weit gehn, daß man den klaren Willen wegen entgegenstehender Gesetze umwandelt. Wir haben nun ein deutliches Gesetz, daß der, welcher einmal Erbe sei, nicht wieder aufhören könne, es zu sein; und wenn also der Erblasser klar bestimmt, es solle Jemand Erbe sein, aber bei dem Eintreten eines Umstandes aufhören es zu sein, so geht diese letztre Bestimmung gegen ein deutliches Gesetz, und ist also nichtig. Keineswegs aber sind wir berechtigt, jenen klaren Willen anders zu nehmen, als er ausgesprochen wurde, damit er nur so vel quasi erhalten werde. Daß er aber nach der neuen Meinung wirklich anders genommen werden müßte, und daß das praktische Resultat keineswegs gleich ist, geht einfach daraus hervor, daß es bei Zufügung einer Resolutiv-Bedingung die offenbare Absicht des Testators ist, der Erbe solle die Erbschaft sogleich haben und gebrauchen, und nur bei dem Eintritt der Bedingung dieselbe, natürlich ohne die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen, wieder herausgeben, während nach der vorgeschlagenen Umkehrung der Erbe bei dem Eintritt der Bedingung gar nichts erhalten würde. —

Gewiß mit Recht ist daher auch die ältere herrschende Lehre von den bei Weitem meisten Neuern beibehalten worden, vgl. bes. Thibaut im ziv. Arch. V. 13. und VII. 19, Francke, das Recht der Notherben S. 45 fgg. Not. 4, Sell, unmögl. Beding. S. 254 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 301 fgg., Mühlenbruch, Komm. XL. S. 190 fgg., Savigny, Syst. III. S. 218 fgg. Arndts in Weiske's Rechtsler. III. S. 938, Göschen, Vorles. §. 807, Puchta, Lehrb. §. 475, Seuffert §. 536, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 173. Anm. 3, Arndts §. 495, Holzschuher II. 148, Brinz §. 181, Keller §. 491, Tewes, System S. 217 fgg., Vering S. 322.

2) Für nicht zugefügt gilt ferner die physisch und juristisch unmögliche Bedingung und die conditio *turpis*, soweit sie in Gemäßheit allgemeiner Prinzipien (Bd. I. S. 136 fgg. bei Nr. III) wie eine unmögliche behandelt wird,

§. 10. J. de hered. instit. (2, 14), l. 3. 6. fin. de cond. et dem., l. 16. fin. de inj. rupt. (28, 3), l. 1. 9. 14. 20. pr. de cond. inst., l. 104, §. fin. de leg. I, l. 5. §. 4. quando dies leg. (36, 2), l. 135. de R. J., während bekanntlich bei Geschäften unter Lebenden umgekehrt der Grundsatz gilt, daß der Vertrag selbst dadurch vernichtet wird. Dasselbe nahmen auch die Prokulianer bei letzten Willen an, Gai. III. 98. und Gaius selbst, obwohl eifriger Sabinianer, gesteht, daß sich kaum ein hinreichender Grund für eine Rechtsverschiedenheit zwischen Verträgen und letzten Willen in dieser Beziehung angeben lasse. Doch aber möchte allerdings ein solcher Grund darin liegen, daß man bei den auf Wohlwollen des Disponenten sich gründenden letztwilligen Verfügungen eher annehmen muß, daß dieser etwas Ueberflüssiges hinzugefügt, als daß er durch eine solche Zufügung die Disposition selbst wieder habe vernichten wollen, während ganz konsequent bei Verträgen vermuthet wird, daß der Promittent sich so wenig, als möglich, habe verpflichten wollen, da ja der Promissar sich auflehnen konnte, vgl. auch l. 31. de O. et A. und Sell, unmögl. Bedingungen S. 30 fgg., Mühlenbruch XLI. S. 79 fgg., Savigny III. S. 194 fgg., Vering S. 322 fgg. Anm. 2. Hierbei sind jedoch noch folgende Punkte näher in's Auge zu fassen:

a) Wenn die Bedingung blos relativ unmöglich ist (conditio *falsa*, l. 72. §. 7. de cond. et dem. — Bd. I. S. 139), so gilt für letztwillige Dispositionen die Regel, daß solche Bedingungen dann als nicht zugefügt gelten, wenn sie schon vor Errichtung des Testaments unmöglich waren, vgl. l. 45. de hered. inst. (28, 5), l. 104. §. 1. fin. de leg. I, l. 6. §. 1. fin. de cond. et dem., l. 72. §. 7. eod., l. 26. fin. de statu liber. (40, 7), wohin aber natürlich auch die Bedingungen gezählt werden müssen, welche durch die Disposition selbst zu unmöglichen werden, wovon Beispiele in l. 4, l. 20. de condit. inst. vorkommen. Dieser Regel steht auch nicht l. 84. §. 7. fin. de legat. I. entgegen, indem hier der Sinn der Bedingung „wenn er den Schuldschein dem Erben zurückgebe“ eigentlich nur der ist „wenn er den Erben liberire“, und diese Liberation ist nicht unmöglich, wenn auch der Schuldschein zu Grunde gegangen ist. — Die häufig angenommene Unterscheidung, ob der Erblasser darum wisse, daß die Bedingung unmöglich sei, oder ob ihm dies unbekannt sei, wo dann im ersten Fall nur die Bedingung, im andren aber die Disposition selbst wegfalle, vgl. z. B. *Becker*, conditio impossibilis non indistincte pro non scripta habenda. Rost. 1754. §. 20, Weber zu Höpfner §. 491. Not. 3. (welche diese Distinktion sogar bei absolut unmöglichen Bedingungen annehmen), Thibaut, Syst. §. 954. (welcher dieselbe nur bei relativ unmöglichen anführt), diese Unterscheidung, sage ich, ist zwar wohl der Natur der Sache nicht unangemessen, aber in den Gesetzen nicht begründet, denn in der schon in der Glosse dafür angeführten l. 58. de cond. indeb. (12, 6) ist das Fideikommiß nicht deßhalb nichtig, weil der Erblasser nicht wußte, daß die zugefügte Bedingung unmöglich sei, sondern weil der Grundsatz gilt, daß der, welcher als ingenuus anerkannt wird, Alles zurückgeben muß, was ihm, als einem vermeintlichen Liberten von seinem ehemaligen Herrn gegeben ist, l. 3. si ingenuus esse dicetur (40, 14), l. 1. C. de ingen. manum., vgl. *Averanii* interprett. II.

ad quod ganz unstatthaft, l. 55. de leg. I., l. 44. de O. et A., was aber Justinian in l. 26. C. cit. änderte, und zwar nicht blos bei dem betagten, sondern auch bei dem bedingten Vermächtniß, denn er redet dort allgemein von dem legatum ad tempus und temporale, also gewiß auch von dem ad tempus incertum, welches unter gleichen Grundsätzen mit der conditio steht, oder vielmehr wirklich eine conditio ist. Dies bestätigt sich noch mehr dadurch, daß Justinian sagt, er wolle die bei Verträgen schon geltenden Grundsätze auch auf Legate ausdehnen; bei Verträgen aber gilt die exc. doli, einerlei ob ein dies oder eine conditio dieselben zu temporales macht, §. 3. J. de V. O. (3, 15), l. 56. §. 4. de V. O. (45, 1), l. 44. §. 1. 2. fin. de O. et A. (44, 7). — Heutzutage hat also die einem Vermächtniß beigefügte Res.=Bedingung ohne Zweifel ihre gewöhnlichen Wirkungen, d. h. der Honorirte erhält zwar dasselbe gleich, verliert es aber wieder, sobald die Bedingung eintritt.

b) Durch das bisher Gesagte fällt auch bei Erbeinsetzungen der Hauptgrund der neuen Theorie, nämlich die Analogie der Legate von selbst hinweg, und eben so ungegründet sind die übrigen Argumente. Denn wenn es auch wahr ist, daß man bei letzten Willen, und insbesondere bei Bedingungen, mehr den Willen, als die etwa undeutlichen Worte berücksichtigen soll, so darf dies doch nie so weit gehn, daß man den klaren Willen wegen entgegenstehender Gesetze umwandelt. Wir haben nun ein deutliches Gesetz, daß der, welcher einmal Erbe sei, nicht wieder aufhören könne, es zu sein; und wenn also der Erblasser klar bestimmt, es solle Jemand Erbe sein, aber bei dem Eintreten eines Umstandes aufhören es zu sein, so geht diese letztre Bestimmung gegen ein deutliches Gesetz, und ist also nichtig. Keineswegs aber sind wir berechtigt, jenen klaren Willen anders zu nehmen, als er ausgesprochen wurde, damit er nur so vel quasi erhalten werde. Daß er aber nach der neuen Meinung wirklich anders genommen werden müßte, und daß das praktische Resultat keineswegs gleich ist, geht einfach daraus hervor, daß es bei Zufügung einer Resolutiv-Bedingung die offenbare Absicht des Testators ist, der Erbe solle die Erbschaft sogleich haben und gebrauchen, und nur bei dem Eintritt der Bedingung dieselbe, natürlich ohne die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen, wieder herausgeben, während nach der vorgeschlagenen Umkehrung der Erbe bei dem Eintritt der Bedingung gar nichts erhalten würde. —

Gewiß mit Recht ist daher auch die ältere herrschende Lehre von den bei Weitem meisten Neuern beibehalten worden, vgl. bes. Thibaut im ziv. Arch. V. 13. und VII. 19, Francke, das Recht der Notherben S. 45 fgg. Not. 4, Sell, unmögl. Beding. S. 254 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 301 fgg., Mühlenbruch, Komm. XL. S. 190 fgg., Savigny, Syst. III. S. 218 fgg. Arndts in Weiske's Rechtsler. III. S. 938, Göschen, Vorles. §. 807, Puchta, Lehrb. §. 475, Seuffert §. 536, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 173. Anm. 3, Arndts §. 495, Holzschuher II. 148, Brinz §. 181, Keller §. 491, Tewes, System S. 217 fgg., Vering S. 322.

2) Für nicht zugefügt gilt ferner die physisch und juristisch unmögliche Bedingung und die conditio *turpis*, soweit sie in Gemäßheit allgemeiner Prinzipien (Bd. I. S. 136 fgg. bei Nr. III) wie eine unmögliche behandelt wird,

§. 10. J. de hered. instit. (2, 14), l. 3. 6. fin. de cond. et dem., l. 16. fin. de inj. rupt. (28, 3), l. 1. 9. 14. 20. pr. de cond. inst., l. 104, §. fin. de leg. I, l. 5. §. 4. quando dies leg. (36, 2), l. 135. de R. J., während bekanntlich bei Geschäften unter Lebenden umgekehrt der Grundsatz gilt, daß der Vertrag selbst dadurch vernichtet wird. Dasselbe nahmen auch die Prokulianer bei letzten Willen an, Gai. III. 98. und Gaius selbst, obwohl eifriger Sabinianer, gesteht, daß sich kaum ein hinreichender Grund für eine Rechtsverschiedenheit zwischen Verträgen und letzten Willen in dieser Beziehung angeben lasse. Doch aber möchte allerdings ein solcher Grund darin liegen, daß man bei den auf Wohlwollen des Disponenten sich gründenden letztwilligen Verfügungen eher annehmen muß, daß dieser etwas Ueberflüssiges hinzugefügt, als daß er durch eine solche Zufügung die Disposition selbst wieder habe vernichten wollen, während ganz konsequent bei Verträgen vermuthet wird, daß der Promittent sich so wenig, als möglich, habe verpflichten wollen, da ja der Promissar sich auflehnen konnte, vgl. auch l. 31. de O. et A. und Sell, unmögl. Bedingungen S. 30 fgg., Mühlenbruch XLI. S. 79 fgg., Savigny III. S. 194 fgg., Vering S. 322 fgg. Anm. 2. Hierbei sind jetoch noch folgende Punkte näher in's Auge zu fassen:

a) Wenn die Bedingung blos relativ unmöglich ist (conditio *falsa*, l. 72. §. 7. de cond. et dem. — Bd. I. S. 139), so gilt für letztwillige Dispositionen die Regel, daß solche Bedingungen dann als nicht zugefügt gelten, wenn sie schon vor Errichtung des Testaments unmöglich waren, vgl. l. 45. de hered. inst. (28, 5), l. 104. §. 1. fin. de leg. I, l. 6. §. 1. fin. de cond. et dem., l. 72. §. 7. eod., l. 26. fin. de statu liber. (40, 7), wohin aber natürlich auch die Bedingungen gezählt werden müssen, welche durch die Disposition selbst zu unmöglichen werden, wovon Beispiele in l. 4, l. 20. de condit. inst. vorkommen. Dieser Regel steht auch nicht l. 84. §. 7. fin. de legat. I. entgegen, indem hier der Sinn der Bedingung „wenn er den Schuldschein dem Erben zurückgebe" eigentlich nur der ist „wenn er den Erben liberire", und diese Liberation ist nicht unmöglich, wenn auch der Schuldschein zu Grunde gegangen ist. — Die häufig angenommene Unterscheidung, ob der Erblasser darum wisse, daß die Bedingung unmöglich sei, oder ob ihm dies unbekannt sei, wo dann im ersten Fall nur die Bedingung, im andren aber die Disposition selbst wegfalle, vgl. z. B. *Becker*, conditio impossibilis non indistincte pro non scripta habenda. Rost. 1754. §. 20, Weber zu Höpfner §. 491. Not. 3. (welche diese Distinktion sogar bei absolut unmöglichen Bedingungen annehmen), Thibaut, Syst. §. 954. (welcher dieselbe nur bei relativ unmöglichen anführt), diese Unterscheidung, sage ich, ist zwar wohl der Natur der Sache nicht unangemessen, aber in den Gesetzen nicht begründet, denn in der schon in der Glosse dafür angeführten l. 58. de cond. indeb. (12, 6) ist das Fideikommiß nicht deßhalb nichtig, weil der Erblasser nicht wußte, daß die zugefügte Bedingung unmöglich sei, sondern weil der Grundsatz gilt, daß der, welcher als ingenuus anerkannt wird, Alles zurückgeben muß, was ihm, als einem vermeintlichen Liberten von seinem ehemaligen Herrn gegeben ist, l. 8. si ingenuus esse dicetur (40, 14), l. 1. C. de ingen. manum., vgl. *Averanii* interprett. II.

cap. 24. nr. 19. — Ist dagegen eine Bedingung erst nach Errichtung des Testaments unmöglich geworden, so ist dies offenbar nur eben so viel, als wenn eine mögliche Bedingung nicht in Erfüllung geht, und der Honorirte bekommt also nichts, einerlei, ob die Unmöglichkeit schon bei Lebzeiten des Erblassers, oder erst nach dem Tode desselben eintritt, l. 23. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 6. §. 1, l. 31. 72. §. 4. u. 7, l. 94. pr. de cond. et dem., l. 39. §. 4. de statu liber. (40, 7), l. 4. C. de condit. insert. (6, 46), es müßte denn sein, daß die Bedingung ausnahmsweise für erfüllt angesehen wird (§. 435. Anm. 2). Vgl. überhaupt Sell a. a. O. S. 79 fgg., S. 199 fgg., Mühlenbruch XLI. S. 137 fgg., Savigny III. S. 191 fgg.

b) Wenn die Unmöglichkeit blos vorübergehend ist, so mußten wir für Geschäfte unter Lebenden die Regel aufstellen, daß, wenn im Augenblicke des abgeschlossenen Geschäfts die Unmöglichkeit vorhanden ist, das ganze Geschäft nichtig werde, und daß die Bedingung für defizirt gelte, wenn umgekehrt die Unmöglichkeit erst nachher eintrete, sollte dies auch nur eine vorübergehende Unmöglichkeit sein, s. oben Bd. 1. S. 139. Ganz abweichende Grundsätze stellt nun Sell a. a. O. S. 48 fgg. für letztwillige Dispositionen auf; vgl. auch Mayer, Legate §. 33. Anm. 15. Bei diesen sei nämlich nicht sowohl der Zeitpunkt des errichteten Testaments, als vielmehr der des Todes des Erblassers entscheidend, und darum gelte hier konsequent die Regel, daß Bedingungen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung unmöglich, nachher aber (nämlich bis zum Tode des Erblassers, Sell S. 58 fgg.) möglich geworden seien, nicht als unmögliche, und somit nicht pro non adjectis gelten, sondern vielmehr erfüllt werden müßten, l. 58. de condit. et demonstr., und eben so könne auch, wenn die Bedingung anfangs möglich gewesen, nachher aber vorübergehend unmöglich geworden sei, dieselbe nicht sogleich als defizirt betrachtet werden, l. 59. §. 1. de cond. et demonst. — Diese Ansicht von Sell ist aber doch wohl irrig, sondern man muß gewiß die Regel aufstellen, daß, wenn im Augenblick der Testaments-Errichtung die zugefügte Bedingung als wirklich unmöglich erscheint, dieselbe pro non scripta angesehen werden muß, sollte sie auch nachher möglich werden, und daß die Bedingung, wenn sie auch anfangs möglich ist, nachher aber, wenn auch nur vorübergehend, unmöglich wird, sogleich als defizirt zu betrachten ist. Für diese Regel nämlich spricht ganz entscheidend die Analogie der Grundsätze, welche bei Geschäften unter Lebenden gelten, und daß diese analoge Anwendung hier zulässig und nothwendig ist, darf bei genauerer Betrachtung nicht bezweifelt werden, indem es an besondren gesetzlichen Vorschriften für letztwillige Dispositionen fehlt, und Gleichheit der ratio hier vollkommen vorhanden ist. Beides wird freilich von Sell in Abrede gestellt, aber mit Unrecht. Was nämlich zunächst die Gesetze anbelangt, welche Sell für seine abweichende Regel als entscheidend anführt, nämlich die l. 58. und l. 59. §. 1. de cond. et dem., so ist in beiden Stellen gar nicht von unmöglichen Bedingungen die Rede. Offenbar ist doch eine juristisch unmögliche Bedingung nur dann vorhanden, wenn eine Handlung zur Bedingung gesetzt ist, die nach den bestehenden Gesetzen nicht vorgenommen werden, die also nur dann geschehen kann, wenn das bisherige Gesetz abgeändert wird. Eine Handlung dagegen, die auch nach

den jetzt bestehenden gesetzlichen Normen möglich ist, sofern nur die gehörigen faktischen Voraussetzungen eintreten, kann nie eine Bedingung zu einer unmöglichen machen. Wenn also Jemand einer fremden Sklavin für den Fall, daß sie heirathe, ein Legat aussetzt — und dies ist der Fall der l. 58. cit. —, so kann dies nimmer mit Sell als ein Legat unter einer unmöglichen Bedingung angesehen werden, weil die zur Bedingung gesetzte Thatsache eintreten kann, ohne daß irgend neue gesetzliche Vorschriften zur Existenz kommen, und sehr konsequent entscheidet daher Proculus: „utile legatum esse, quia possit manumissa nubere". Und wenn ferner Jemanden ein Legat hinterlassen wird, „si consul fuerit", und er wird deportirt, so kann nicht mit Sell behauptet werden, daß die Bedingung zu einer unmöglichen geworden sei, denn der Honorirte kann trotz der Deportation doch noch Konsul werden, „quia in civitate restitui potest", und mit Fug und Recht nimmt daher Ulpian in l. 59. §. 1. cit. für einen solchen Fall an, das Legat könne nicht mit dem Augenblick der Deportation wegen defizirender Bedingung als erloschen angesehen werden. — Es fehlt aber nicht nur an besondren gesetzlichen Vorschriften für unsern Fall, sondern die Entscheidungsgründe, welche die römischen Juristen für Geschäfte unter Lebenden aufstellen, sind so allgemeiner Natur, daß sie unbedingt auch auf letztwillige Dispositionen Anwendung finden. In der Hauptstelle, nämlich in l. 137. §. 6. de V. O. äußert sich Venulejus so: „— — nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri, *non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio*". Wie hierin Sell eine Besonderheit für Geschäfte unter Lebenden erblicken kann, indem bei letztwilligen Dispositionen vielmehr der Tod des Erblassers, also allerdings ein futurum tempus der entscheidende Zeitpunkt sei, ist mir wahrhaft unbegreiflich. Ganz entschieden muß vielmehr, wie die Rechtsgiltigkeit einer stipulatio, so auch die einer letztwilligen Disposition, nach dem Augenblick der Errichtung bemessen werden („quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest" — regula Catoniana!), und ein in allen Beziehungen richtiger Satz würde es sein: „non secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet *testamentum*". Meines Erachtens ist daher keinen Augenblick zu bezweifeln, daß der römische Jurist auch die Erbeinsetzung oder das Legat: „si Titius rem sacram aut religiosam vendiderit" ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen über unmögliche Bedingungen beurtheilt, d. h. die Bedingung pro non scripta angesehen haben wird, sollte auch noch bei Lebzeiten des Testators eine Rechtsveränderung eingetreten sein, und eben so ist unzweifelhaft, ganz wie bei Geschäften unter Lebenden, die Anfangs mögliche, nachher aber unmöglich gewordene Bedingung, alsbald für defizirt zu achten, sollte dieselbe auch nachher durch eine abermalige Rechtsveränderung wieder möglich geworden sein. Vgl. auch Mühlenbruch XLI. S. 115 fgg. (welcher jedoch die l. 58. cit. ganz falsch erklärt), Savigny III. S. 167 fgg.

c) Ist die Bedingung nur theilweise unmöglich, und zwar von Anfang an, so muß natürlich der Theil der Bedingung, welcher unmöglich ist, für nicht zugefügt angesehen werden, während das Uebrige der Bedingung allerdings in Erfüllung gehen muß, l. 45. de hered. inst., l. 6. §. 1. de condit.

et demonstr. Als theilweise unmöglich kann aber nicht die Bedingung angesehen werden, welche durch eine zugefügte Zeitbestimmung unmöglich wird (z. B. „**si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset**“); denn diese ist vielmehr ganz unmöglich, und wird also auch vollständig **pro non scripta** angesehen, **l. 6. de condit. instit.** Die abweichende Ansicht von Roßhirt, Vermächtn. I. S. 360, wornach nur dasjenige wegfallen soll, was die Unmöglichkeit hier macht, nämlich die **angustia temporis**, ist irrig, und kann nicht durch **l. 12. §. 1. de leg. I.** unterstützt werden, wo gar nicht von einer durch hinzugefügte Zeitbestimmung unmöglich gewordenen Bedingung die Rede ist, sondern ein Fall entschieden wird, in welchem die einem Legate beigefügte Tagsbestimmung so kurz anberaumt ist, daß die Zahlung während derselben nicht möglich ist, vgl. auch *Endemann*, **de impl. cond. temp. p. 63.** — Wird die Bedingung erst nachher theilweise unmöglich, so muß dieselbe konsequent eben so als defizirt angesehen werden, wie wenn sie ganz unmöglich geworden wäre. Doch wird, wenn Mehreren eine gemeinschaftliche Bedingung aufgelegt ist, und der Eine die Erfüllung verweigert, in Gemäßheit einer **benigna interpretatio** keine theilweise Unmöglichkeit angenommen, sondern man gestattet hier dem Andren, wenn die Bedingung theilbar ist (z. B. **si decem dedissent**), eine theilweise Erfüllung derselben, und selbst, wenn sie untheilbar ist (z. B. **si insulam aedificaverint, si statuam posuerint** u. dgl.) soll der Andre durch vollständige Erfüllung das ihm Hinterlassene sich retten können, **l. 54. §. 1, l. 56, l. 112. §. 2. de cond. et dem., l. 13. pr. de manum. test. (40, 4), l. 6. C. de condit. insert. (6, 46).** Eben so wird, wenn der Honorirte an Mehrere eine Leistung machen soll, und der Eine von diesen fällt vor geschehener Leistung hinweg, keine theilweise Unmöglichkeit angenommen, was der Strenge nach allerdings hätte geschehen müssen, sondern es wird in Gemäßheit der vermuthlichen Absicht des Testator dem Honorirten gestattet, durch die theilweise Leistung an den Andren sich den entsprechenden Theil des ihm Hinterlassenen zu verschaffen, **l. 112. §. 1. de condit. et demonstr.**, nnd selbst das Ganze kann er erhalten, wenn nach den in der zweiten Anm. zum folgenden §en entwickelten Grundsätzen durch das Wegfallen des Einen, oder durch dessen Weigerung dieser Theil der Bedingung **pro impleta** gelten muß, vgl. auch **l. 4. §. 3. de statu liberis (40, 7).** Vgl. auch Sell a. a. O. S. 62 fgg., Mühlenbruch XLI. S. 152 fgg.

3) Für nicht zugefügt gilt auch die Bedingung nicht zu heirathen, und zwar seit der die Ehe überhaupt so sehr befördernden **lex Julia et Papia Poppaea, l. 22, l. 36. fin., l. 64. §. 1, l. 72. §. 5, l. 74, l. 77. §. 2, l. 100. de cond. et dem.** Daß diese Bedingung nicht allgemein als unstatthafte angesehen und namentlich bei Geschäften unter Lebenden nicht als solche behandelt werden kann, ist schon an einem andren Orte bemerkt worden, vgl. Bd. I. S. 139. Was aber letztwillige Dispositionen anbelangt, so ist es einerlei, ob diese Bedingung dem Honorirten selbst, oder seinem Hauskinde aufgelegt ist, **l. 79. §. 4. eod.**, und auch dann schon tritt die genannte Vorschrift ein, wenn Jemandes Heirath ganz in den Willen eines Dritten gestellt sein soll, **l. 72. §. 4. eod.** Dagegen ist die Bedingung, eine gewisse Person nicht zu heirathen, vollkommen zulässig, **l. 63. pr., l. 64. pr. eod.**, und unbegreiflich

ist mir die Behauptung von Sell a. a. O. S. 165, daß wenigstens Papinian in l. 71. §. 1. de condit. et dem. die entgegengesetzte Ansicht ausspreche, und also die römischen Juristen hierüber uneinig gewesen seien. Sell scheint die Worte: si Maeviam uxorem non ducat auf den Promissar bezogen zu haben, während sie offenbar nur auf den Promittenten zu beziehen sind, so daß Papinian nur die Ungiltigkeit der Konventionalstrafe ausspricht, wodurch sich Jemand zur Eingehung einer Ehe verpflichtet hat, vgl. auch l. 135. pr. de V. O. (45, 1) und arg. l. 19. eod., l. 2. C. de inutil. stipul. (8, 39). Daß aus dieser Entscheidung nichts für unsre Frage gefolgert werden, und noch weniger mit Sell a. a. O. Not. 2. angenommen werden kann, die l. 71. cit. sei ein direkter Beleg dafür, daß die Bedingung, nicht zu heirathen, auch bei Geschäften unter Lebenden für eine unstatthafte gelte, leuchtet von selbst ein. — Eben so ist auch die Bedingung, an einem gewissen Orte, oder bis zu einer gewissen Zeit hin nicht zu heirathen, vollkommen erlaubt, es müßte ihr denn eine Umgehung des Gesetzes zu Grunde liegen, l. 62. fin., l. 64. §. 1. eod., und auch die Bedingung, eine gewisse Person zu heirathen, muß aufrecht erhalten werden, wenn die Heirath nicht unanständig ist, l. 63. §. 1. eod. — Wie es sich mit der, einer verwittweten Person gestellten Bedingung, nicht wieder zu heirathen, verhalte, ist schon an einem andren Orte ausgeführt worden, vgl. Bd. I. S. 426 fg.

4) Hierher gehört auch die *conditio jurisjurandi;* vgl. *Majans.* disput. jur. tom. I. disp. 5, *Walch,* de condit. jurisjur. ult. vol. adject. (in opusc. tom. I), Sell a. a. O. S. 235 fgg., Mühlenbruch XLI. S. 97 fgg., Savigny III. S. 185 fgg., Huschke in Gieß. Zeitschr. XIV. S. 334 fgg., Keller, Institut. S. 375 fgg. Wäre für diesen Fall keine gesetzliche Bestimmung vorhanden, so würde sich das Verhältniß so gestalten, daß der unter solcher Bedingung Honorirte nur dann das Zugedachte erhielte, wenn er wirklich den Eid schwüre, ohne daß ihn die thatsächliche Vornahme dessen, was er beschwören soll, davon entbinden könnte, daß aber auf der andren Seite er auch schon durch die blose Ableistung des Eides die Bedingung erfüllt hätte, ohne daß eine juristische Verbindlichkeit zur Vornahme des Beschwornen begründet wäre. Da es nun aber hiernach leicht kommen konnte, daß so Honorirte bald leichtsinnig den Eid ableisteten, ohne an die wirkliche Erfüllung des Beschwornen zu denken, bald umgekehrt aus übertriebener Gottesfurcht den Eid weigerten, wenn sie auch noch so bereit wären, das wirklich zu thun, was sie beschwören sollten, und da das Eine wie das Andre dem wahren Willen des Erblassers widersprach, vgl. bes. l. 8. pr. de condit. instit. (28, 7): so wurde theils im Interesse der öffentlichen Moral, um leichtsinnigen Eidesableistungen entgegen zu wirken, theils und vorzüglich, um den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, im Prätorischen Edikte eine doppelte höchst zweckmäßige („consultissime" l. 8. pr. cit.) Verfügung getroffen. Es wurde nämlich erstens bestimmt, daß bei Erbeinsetzungen und Legaten — was dann auch später auf Fideikommisse und mort. c. donationes angewendet wurde, l. 8. §. 1. 2. 3. eod. — die Bedingung des Eides erlassen sein solle, l. 8. pr. §. 1—5. eod., l. 29. §. 2. de test. milit. (29, 1), l. 14. §. 1. de legat. III, l. 20, l. 26. pr. de cond. et dem. (35, 1), was denn von selbst die Folge hatte, daß zwar die Erbschaft

est", l. 4. §. 1. de statu liberis (40, 7), vgl. l. 61. pr. de manum. test. (40, 4). Sell a. a. O. 262 fgg., Madai, die statu liberi des röm. Rechts S. 144 fgg., Mühlenbruch XLI. S. 134 fgg. Wenn dagegen Savigny III. S. 203. Not. i. meint, diese Entscheidung passe nur zu der später verworfenen Meinung der Proculianer, und habe sich in die Justinianische Gesetzgebung blos verirrt, so läßt sich dies gewiß nicht rechtfertigen.

4) Nach einem besondren gegen Erbschleicherei gerichteten Senatsbeschlusse sind kaptatorische Dispositionen nichtig, vgl. *Bynkershoek*, de captator. institut., in opp. tom. I. p. 429 sqq., *Majans.* disputt. tom. II. nro. 35, Thibaut, Versuche I. No. 4, Sell a. a. O. S. 295 fgg., Mühlenbruch, Komm. XL. S. 206 fgg., Keller, Institutionen S. 370 fgg. Eine kaptatorische Disposition ist aber diejenige, welche die auf die Zukunft gestellte (vgl. l. 71. pr., l. 81. §. 1. de hered. inst., l. 20. §. 2. de condit. inst. — nicht entgegen ist l. 1. fin. de his quae poenae nom., und l. 71. §. 1. de hered. inst., denn die hier vorkommenden Präterita: recitaverit, ostenderit, probaveritque erklären sich leicht, wenn man dabei nicht die Zeit der Testamentserrichtung, sondern vielmehr die Todeszeit des Testators ins Auge faßt) Bedingung beigefügt ist: „wenn der Honorirte oder ein Dritter (vgl. l. 71. pr., l. 81. §. 1. de hered. inst.) den Testator oder einen Dritten (l. 71. §. 1. de her. inst.) bedenken werde". Solche Dispositionen sind völlig nichtig, l. 70. de her. inst, l. 1. fin. de his quae pro non script., und auch bei dem Soldatentestamente leidet dies keine Ausnahme, l. 11. C. de test. milit. (6, 21). Ob aber blos die Disposition des Kaptans, oder auch die des Kaptatus nichtig sei, ist bestritten. Das Letztre behaupten namentlich *Bynkershoek*, l. c. cap. 13. und Mühlenbruch §. 649. Not. 9. Komm. cit. S. 221 fgg., während sich die herrschende Lehre für das Erstre ausspricht, und gewiß mit Recht. Denn nicht nur, daß kein Gesetz die Ungiltigkeit der durch die kaptatorische Disposition hervorgerufenen Honorirung ausspricht, so kann ja auch eigentlich, nachdem die kaptatorische Disposition durch das Gesetz für nichtig erklärt ist, von einer dadurch bewirkten Kaptation nicht wohl mehr die Rede sein, denn der Andre wußte ja, daß eine solche Disposition nichtig sei, und hat er dennoch den Kaptanten honorirt, so kann nicht wohl die kaptatorische Disposition als das Motiv dieser Honorirung angesehen werden; vgl. auch Thibaut und Sell citt., Roßhirt, Verm. I. S. 402, Mayer, Erbr. I. §. 31, Legate §. 33. a. E. Not. 8. a. E., Arndts, Rechtsl. III. S. 937. und die Lehr- und Handbücher von Wening §. 459, Schweppe §. 797, Seuffert §. 536, Puchta §. 472. Not. g, Sintenis III. §. 173. Not. 27, Arndts §. 491. Anm. 3, Keller cit. S. 372, Tewes, Syst. §. 35. S. 204, Vering S. 327 fg. Wenn aber doch manche Vertheidiger der richtigen Ansicht lehren, daß wenigstens der Kaptans keinen Vortheil aus einer solchen Disposition ziehen dürfe, sondern das ihm Hinterlassene demselben als einem Indignus von dem Fiskus entzogen werden müsse, vgl. Roßhirt, Wening (in den von ihm selbst besorgten Ausgaben, in der Fritz'schen ist die entgegengesetzte Meinung vertheidigt) und Schweppe cit., so ist dies gewiß unhaltbar, denn kein Gesetz spricht dies aus, und die hierher gezogenen Analogieen (l. 29. §. 2, l. 30. de donat., l. 2. §. 3. de his, quae ut indign.) sind schon

darum unstatthaft, weil singuläre Bestimmungen keine analoge Ausdehnung zulassen, vgl. auch Sell a. a. O. S. 309 fgg. Nur versteht es sich, daß, wenn in einem konkreten Falle besonders bewiesen werden kann, daß der Kaptatus gerade nur durch die kaptatorische Disposition zu einer Bedenkung des Kaptans bewogen worden ist, die allgemeinen Grundsätze über betrüglich hervorgerufene letzte Willen Platz greifen müssen, vgl. §. 431. Anm. 3. — Wenn übrigens neuerlich der ganze oben angegebene Begriff von kaptatorischer Disposition verworfen und dafür der andre Gesichtspunkt aufgestellt ist, der Grund der Ungiltigkeit liege darin, weil die Bedingung zugefügt sei, daß ein Andrer den Inhalt seines Testaments bekannt machen soll, vgl. *Bilderdyk*, observv. et emendd. Lugd. Bat. 1820. L. II. c. 1, *Bruynen*, de captat. inst. Lugd. Bat. 1823, so ist diese ganze Ansicht so grundlos, daß eine besondre Widerlegung derselben als überflüssig erscheint, vgl. auch Sell a. a. O. S. 304 fgg.

5) Ungiltig waren vor Justinian auch die legata *poenae nomine relicta*, d. h. diejenigen Vermächtnisse, deren Auszahlung dem Onerirten unter der Bedingung aufgelegt ist, wenn er eine ihm vom Testator gemachte Auflage nicht erfülle, die also nicht sowohl in favorem legatarii, als vielmehr in odium heredis angeordnet sind; Gai. II. 235. 236. 243. 288. Ulp. XXIV. 17; tit. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur (34, 6), §. 36. J. de legat. (2, 20). Theoph. ad h. l., l. un. C. de his, quae poenae nomine (6, 41). Nach Justinian's Verordnung können aber dgl. letztwillige Verfügungen vollkommen wirksam angeordnet werden, l. un. C. cit., §. 36. J. cit. Vgl. bes. *Goeschen*, Obss. jur. Rom. nro. III. und s. auch Schilling, Bemerk. über röm. Rechtsgesch. S. 202 fgg. und Sell a. a. O. S. 273 fgg., Mayer, Legate §. 31. Anm. 2, Keller, Institutt. S. 368 fgg.

Anm. 2. Noch sind hier einige besondre Auslegungs-Regeln ins Auge zu fassen, die sich größten Theils als Anwendungen des Grundsatzes herausstellen: „in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones", l. 19. pr., l. 101. pr. de cond. et dem.

1) Wenn eine letztwillige Disposition mehrmal wiederholt wird, aber so, daß verschiedene Bedingungen dabei vorkommen, oder so, daß die Disposition einmal bedingt, das andre Mal unbedingt ausgedrückt ist, so ist zwischen Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und testamentarischen Freilassungen zu unterscheiden. Was nämlich Erbeinsetzungen anbelangt, so gilt dabei die Regel, daß die unbedingte als die plenior die bedingte absorbirt, und die mehreren Bedingungen als alternativ beigefügt angenommen werden, l. 27. §. 1. 2, l. 67. de hered. inst., l. 17. de cond. inst. Bei Vermächtnissen dagegen wird stets die letzte Disposition als die giltige angesehen, l. 12. §. 3. de legat. I, l. 40. §. 2, l. 51. pr., l. 87, l. 89. de cond. et dem. [Die Entscheidung des Juristen in der zweiten Hälfte der l. 89. cit. verb.: Quodsi pure legatum rel. bezieht sich auf den alten Unterschied zwischen legat. per vindicat. und per damnat. und ist für das Justinianische Recht unpraktisch]. Was bei Vermächtnissen Rechtens ist, gilt auch bei fideikommissarischer Freilassung, l. 90. de cond. et dem., während bei direkter testament. Freilassung die für den Sklaven günstigste Disposition als die wirksame anzusehen ist, l. 51. pr., l. 87. 88. eod.

Vgl. *Ches.* de differ. jur. c. 37. (in *jurispr.* Rom. et Att. tom. II. p. 731 sqq.), Mühlenbruch XLI. S. 187 fg.

2) In manchen Fällen wird eine Bedingung, die nur für eine testamentarische Verfügung ausdrücklich ausgesprochen ist, doch auch auf eine andre bezogen, vgl. bes. *Averanii* interprett. jur. lib. V. c. 2. nro. 9 sqq., c. 3. und c. 4. Es kommt dies in folgenden Fällen vor:

a) Wenn Jemanden ein Universalfideikommiß unter einer Bedingung hinterlassen ist, und derselbe ist auch dem Fiduziar substituirt, so wird auch bei der Substitution jene Bedingung subintelligirt, l. 83. de legat. II.

b) Wenn Jemand zum Erben eingesetzt und außerdem auch mit einem Legate bedacht ist, so ist soviel gewiß, daß die blos dem Legate beigefügte Bedingung nicht auch auf die Erbeinsetzung bezogen wird, vgl. auch l. 88. §. 2. de hered. inst. Ist aber umgekehrt die Bedingung blos der Erbeinsetzung beigefügt, so wird gewöhnlich angenommen, daß diese Bedingung stets auch für das Legat gelte. Nach inneren Gründen für eine solche Regel sucht man vergebens, und in den dafür besonders angeführten Gesetzen, nämlich l. 70, l. 77. pr. de condit. et dem., vgl. mit l. 18. de condit. instit., ist offenbar nur eine singuläre, auf besondren Gründen beruhende Bestimmung für den Fall enthalten, wenn ein Hauskind unter der Bedingung der Emanzipation zum Erben eingesetzt und ihm überdies ein Prälegat hinterlassen ist. Abgesehen von dieser besondren Entscheidung ist in jedem einzelnen Falle der Wille des Erblassers zu erforschen, wie noch bes. aus der, mit Unrecht für die herrschende Lehre angeführten l. 17. §. 3. de dol. mal. et met. exc. (44, 4) hervorgeht, und im Zweifel ist das Prälegat als ein unbedingtes anzunehmen, l. 104. §. 6. de leg. I, l. 27. pr. quando dies legator. (36, 2), l. 14. de manum. test. (40, 4); vgl. bes. *Ches.* interpretat. jur. lib. I. c. 20. (in jurispr. Rom. et Att. tom. II. p. 119 sqq.), *Averan.* cit. c. 3. nr. 3 sqq., und s. auch *v. d. Pfordten,* de praelegatis p. 35 sqq., Roßhirt, Verm. I. S. 272 fgg. und Buchholtz, Prälegate S. 284 fgg.

c) Wenn Jemand mit mehreren Vermächtnissen bedacht ist, und nur einem derselben ist eine Bedingung zugefügt, so kann diese Bedenkung zunächst alternativ vorkommen, z. B. Titio usumfructum Stichi, aut, si navis ex Asia venerit, decem lego, und hier gilt die Regel, daß immer nur ein Vermächtniß anzunehmen und die Bedingung des einen Glieds der Alternative auch auf das andere zu erstrecken ist, l. 21. de usu et usufr. per legat. datis (33, 2), l. 25. pr. quando dies legat. (36, 2); vgl. unten §. 549. Anm. geg. E. Sind aber die Vermächtnisse kumulativ hinterlassen, so darf die Bedingung des einen nicht auf das andre bezogen werden, es müßte denn der Testator seine anderweite Absicht durch die Anwendung besondrer Verbindungswörter — die Quellen führen namentlich *eo amplius* und *item* auf — manifestirt haben, l. 54, l. 63. de leg. III, l. 1. 108. de cond. et dem.

d) Endlich kommt ein solches Herüberziehen einer Bedingung auch noch bei der *translatio legatorum* vor, es müßte denn die dem ersten Legate beigefügte Bedingung gerade nur auf die Person des ersten Honorirten berechnet sein, l. 95. de cond. et dem., l. 24. pr. de adim. leg. (34, 4). Wenn

dagegen einem Legatar ein Andrer substituirt ist, so darf eben so wenig, wie bei Erbeinsetzungen, die dem ersten Honorirten gestellte Bedingung auf den Substituten bezogen werden, l. 73. de her. inst.

3) Es kommt auch vor, daß eine unbedingte Disposition vermöge gesetzlicher Vorschrift als eine bedingte angenommen wird, was namentlich dann der Fall ist, wenn Jemand sein Kind zum Erben einsetzt, und ihm die Restitution der Erbschaft an einen Andren auflegt. Hier wird nämlich die Bedingung supplirt: sofern das Kind nicht selbst Descendenten erhalten sollte, l. 102. de cond. et dem., l. 6. C. de inst. et subst. (6, 25), l. 30. C. de fideic. (6, 42).

4) Ueber alternative Bedingungen hat neuerlich Huschke in Gießer Zeitschr. XII. S. 375 fgg. eigenthümliche Ansichten aufgestellt. Er geht nämlich davon aus, daß eine Erbeinsetzung unter alternativen Bedingungen eigentlich in zwei Erbeinsetzungen unter verschiedenen Bedingungen aufzulösen sei, und kommt dadurch zu dem Satze, daß dann, wenn Jemand pure zum Erben eingesetzt und ihm ein Andrer unter alternativen Bedingungen adjizirt sei, der Letztre nur dann die Hälfte der Erbschaft erhalte, wenn beide Bedingungen eintreten, während er, wenn nur eine der Bedingungen sich erfüllt, blos ¼, und der pure Eingesetzte ¾ der Erbschaft bekomme, eine Entscheidung, durch welche sich namentlich auch die so unendlich bestrittene l. 40. de hered. instit. vollständig erklären soll. Daß jedoch diese ganze Ansicht völlig ungegründet ist, und namentlich auch der so eben angedeutete Fall vielmehr so entschieden werden muß, daß der Adjektus stets die Hälfte der Erbschaft erhält, einerlei ob nur eine, oder ob beide Bedingungen eingetreten sind, ist ausführlich nachgewiesen worden in meiner Rezens. des Huschke'schen Aufsatzes in Richter's Jahrbüchern 1839. S. 571 fgg. und von Arndts in Gießer Zeitschr. XIII. S. 293 fgg., vgl. auch Mayer, Erbr. §. 21. Anm. 3. S. 56 fgg. Doch hat Huschke nochmals replicando seine Ansicht vertheidigt in Gieß. Zeitschr. XV. S. 237 fgg., wogegen Arndts abermals aufgetreten ist, ebendas. XIX. S. 355 fgg. Daß Huschke's Ansicht einen Anhänger gefunden habe, ist mir nicht bekannt geworden.

2) Von der Erfüllung der Bedingung. §. 435.

Anm. 1. Was die Zeit der Erfüllung anbelangt (vgl. bes. *Endemann*, de implendae conditionis tempore. Marb. 1821. und Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 229 fgg.), so kommt es dabei auf folgende Punkte an:

1) Wenn es auch öfter schon aus dem Wesen der zur Bedingung gesetzten Thatsache von selbst hervorgeht, ob dieselbe noch bei Lebzeiten des Erblassers (z. B. si mihi nupserit), oder erst nach dem Tode desselben (z. B. si ad exsequias funeris mei venerit) zu erfüllen ist, l. 91. de cond. et dem., so ist doch in den meisten Fällen das Eine und das Andre gleich möglich, und dafür gelten dann folgende Regeln. Wenn die Bedingung ganz unabhängig ist von einem Willensakte des Honorirten, so kommt es auf den Zeitpunkt des Eintritts gar nicht an, und die Bedingung ist also vollständig erfüllt, wenn sie auch schon bei Lebzeiten des Testators zur Existenz kommt (z. B. si navis ex Asia venerit,

quod per eum non stetit, quominus ducat, det aut faciat", ein Ausspruch, welcher nicht selten, losgerissen aus seinem eigentlichen Zusammenhang, zur Begründung der falschen Regel mißbraucht worden ist, daß eine Potestativ-Bedingung stets für erfüllt gelte, wenn deren Erfüllung durch einen Zufall verhindert werde. — Wenn Manche den hier angegebenen Grundsatz nicht auf letztwillige Dispositionen beschränken, sondern demselben einen allgemeinen Charakter vindiziren wollen, vgl. bes. Savigny, Syst. III. S. 138 fgg., u. s. auch Puchta §. 60, Sintenis I. S. 180, Arndts, Lehrb. §. 69: so findet dieses in den Gesetzen keine Bestätigung, indem alle Stellen ausschließlich von Bedingungen in Testamenten reden, und innere Gründe, welche aus dem spezifischen Wesen letztwilliger Verfügungen im Gegensatz zu andern Rechtsgeschäften hervorgehen, sprechen m. E. ganz entschieden gegen eine solche Generalisirung.

2) Eine solche Potestativ-Bedingung, die „in hoc fit, ut testamento pareatur", aber auch nur eine solche (vgl. auch Maaßen a. a. O. S. 20 fgg.), gilt dann für erfüllt, wenn die Bedingung zufällig unmöglich wird, nachdem sich der Honorirte zur Erfüllung derselben bereit erklärt hatte, nicht aber auch dann, wenn der Zufall vorher eintritt, also namentlich dann nicht, wenn derselbe schon bei Lebzeiten des Erblassers die Erfüllung unmöglich machte. Nur bei testamentarischer Freilassung kommt hiervon eine Ausnahme vor, indem diese selbst auch in dem letzten Falle wirksam wird. Die Belege hierfür sind in folgenden Hauptstellen enthalten:

a) Paulus in l. 20. §. 3. de statu liber. (40, 7). Wenn dem Honorirten die Bedingung gesetzt ist, einem Dritten etwas zu geben, und dieser Dritte stirbt vor Erfüllung der Bedingung, so wird unterschieden zwischen Legat und testamentarischer Freilassung. Die letztre soll „constituto jure" stets wirksam werden, mag der Sklave das zu Gebende schon bereit gehalten haben oder nicht; ein Vermächtniß dagegen gilt im letztren Falle nicht. Daß es im erstren („si decem habuisset parata") gelte, wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, geht aber mit vollster Evidenz aus dem ganzen Zusammenhang der Stelle hervor. Mit dieser Entscheidung stimmt auch ganz Javolen in l. 39. §. 4. eod. überein. Derselbe referirt nämlich, daß dann, wenn der Dritte, an den der Honorirte etwas geben soll, bei Lebzeiten des Testators verstorben sei, Labeo und Ofilius die Wirksamkeit der Freilassung geleugnet hätten, daß aber, obwohl diese Lehre konsequent sei, die Praxis sie nicht anerkenne, sondern in favorem libertatis die Freiheit eintreten lasse, möge der Dritte vor oder nach dem Testator gestorben sein. Offenbar bestand die hier gerühmte Konsequenz darin, daß Labeo und Ofilius die allgemeinen Grundsätze über Vermächtnisse auch bei dem Vermächtniß der Freiheit in Anwendung brachten, und dabei allerdings ein Unterschied gemacht werden muß, ob die Potest.-Bedingung schon bei Lebzeiten des Testators oder erst nach dem Tode desselben unmöglich wird. — Denselben Fall entscheidet endlich auch Hermogenian in l. 94. pr. de cond. et dem. Auch hier wird zuerst angegeben, daß der Sklave „jure constituto" frei werde, wenn er an der Zahlung durch den Tod des Dritten verhindert werde, und dann zugefügt, „diversa causa est legatarii, in cujus persona placuit, conditionem deficere: si antequam dederit legatarius pecuniam, Titius moriatur". Daß diese

Entscheidung in Gemäßheit der andren Stellen mit der Modifikation verstanden werden muß, „wenn nicht etwa der Legatar sich schon zur Zahlung bereit gezeigt haben sollte“, kann keinen Anstand leiden. Vgl. auch l. 7. C. de cond. insert. — Wenn Manche den in den Gesetzen ausgesprochenen Gegensatz zwischen testamentarischen Freilassungen und anderweiten letztwilligen Verfügungen so auffassen, daß überhaupt nur bei den ersteren die zufällige Vereitelung der Bedingung in Betracht kommen könne, und niemals auch bei Legaten und Erbeinsetzungen, selbst wenn der Honorirte seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung schon an den Tag gelegt habe, vgl. bes. Savigny III. S. 142 fgg. und s. auch Göschen, Vorles. §. 819. a. E., Mayer, Erbr. §. 22. Anm. 7, Legate §. 38. Anm. 7. und 8, Sintenis, pr. Zivilr. I. §. 20. Anm. 70: so widerspricht dies nicht nur der Natur der Sache — denn wir setzen ja Bedingungen voraus, bei denen es dem Erblasser nicht sowohl auf den Erfolg, als vielmehr wesentlich nur auf den Gehorsam des Honorirten ankommt —, sondern findet auch nach den vorher angedeuteten Auslegungen keine Unterstützung in den Gesetzen, und namentlich ist diese Ansicht völlig unvereinbar mit der nachher (s. lit. d. a. E.) noch zu besprechenden l. 54. §. 2. de legat. I; vgl. auch Götting in Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 315 fgg.

b) In l. 18. §. 2. de alim. legat. (34, 1) wird von Scävola der Fall entschieden, wenn Jemanden etwas unter der Bedingung hinterlassen wird, daß er sich eine bestimmte Zeit lang nicht von einem Andren trenne, und nun der Honorirte diese Bedingung darum nicht vollständig erfüllen kann, weil der Andre vor Ablauf dieser Zeit stirbt. Hier soll der Honorirte deßungeachtet das Vermächtniß in Anspruch nehmen dürfen, aber freilich, sofern es zugleich als betagtes erscheint, erst nach Ablauf dieser Zeit. — Aehnlich ist die Entscheidung des Paulus in l. 84. de cond. et dem., wonach Freigelassene, welchen Alimente unter der Bedingung legirt sind, „si cum filio meo morati fuerint“, den Fortbezug dieser Alimente auch nach dem Tode des Sohns in Anspruch nehmen dürfen, es müßte denn ein andrer Wille des Erblassers entschieden nachgewiesen werden können. Vgl. auch l. 20. pr. de annuis leg. (33, 1), l. 13. §. 1. de alim. leg. (34, 1), l. 1. C. de legat. (6, 37).

c) *Javolenus*, l. 40. pr. de cond. et dem.: „Quibus diebus vicinus tuus te via publica, *quum ad parendam conditionem ire velles*, ire prohibuerit, nec per te staret, quo minus agendo ob calumnias eum summoveas, hi dies conditioni non imputabuntur“. Vgl. l. 39. §. 3. de statu liber. (40, 7).

d) Daß in den bisher angeführten Stellen entschieden unser oben angedeuteter Grundsatz in Anwendung gebracht ist, leuchtet von selbst ein. Einige andre machen aber insofern Schwierigkeit, weil sich in denselben die Regel auszusprechen scheint, daß ohne alle Unterscheidung die zufällig unmöglich gewordene Potest.-Bed. für erfüllt zu achten sei. Hierher gehören außer der schon oben beseitigten l. 23. de cond. inst. noch insbesondere die l. 54. §. 1. de leg. I. (Pompon.) vgl. mit l. 28. pr. de cond. et dem. (Paulus), und l. 54. §. 2. de leg. I. vgl. mit l. 8. §. 7. de cond. inst. (Ulp.). Diese Schwierigkeit hebt sich aber bei genauerer Betrachtung leicht. Die beiden ersten Stellen behandeln nämlich den Fall, wenn einem Mädchen etwas unter der

Bedingung hinterlassen ist, *si arbitratu Seji nupsisset*, und der Sejus ist schon bei Lebzeiten des Erblassers verstorben; hier soll deßungeachtet das Vermächtniß gefordert werden dürfen. Vergleicht man aber diese Aussprüche mit l. 72. §. 4. de cond. et dem., so sieht man, daß das Legat nicht deßhalb giltig ist, weil die Bedingung für erfüllt, sondern vielmehr, weil sie für nicht zugefügt gilt („licet conditio deficit, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succurretur“), und daß also diese Aussprüche unsre Frage gar nicht berühren. Eben so wenig beweist aber auch die l. 8. §. 7. de cond. inst., wenn man nur bedenkt, daß durch das Wegfallen des Eides die Freilassung nicht als Bedingung, sondern als Modus erscheint (s. oben S. 112), der Modus aber bekanntlich nur dann berücksichtigt wird, wenn dessen Erfüllung möglich ist, l. 92. §. 1. de leg. I; und was endlich die l. 54. §. 2. de leg. I. anbelangt, so muß hier gewiß der Fall supponirt werden, daß der Honorirte sich schon zur Manumission bereit erklärt hat, aber an der wirklichen Vornahme derselben durch den Tod des Sklaven verhindert worden ist („si servi mors impedisset manumissionem“). Will man hier, wie oft geschieht (z. B. Cujac., obs. XVII. 22), voraussetzen, daß der Sklave bei Lebzeiten des Testators verstorben sei, so ist dies ganz willkürlich, denn die Hinweisung auf den vorhergehenden §en ist völlig unbeweisend, weil sämmtliche Paragraphen dieses Fragments in keinem innern Zusammenhang stehen, sondern durchaus verschiedene Fälle behandeln. Wenn Savigny a. a. O. S. 148. vorschlägt, die vorher ausgezogenen Worte der l. 54. cit. mit Veränderung eines Buchstabens so zu lesen: „si servi *mora* impedisset manumissionem“, so ist diese Konjektur augenscheinlich nur eine Folge seiner vorher bei lit. a. angeführten Ansicht, mit welcher freilich unsre Lesart völlig unvereinbar ist; nach der hier vertheidigten Meinung ist diese Textveränderung völlig überflüssig, und, ganz abgesehen von der Auktorität der Handschriften, schon darum zu mißbilligen, weil der Ausdruck servi mora in diesem Sinne doch jedenfalls ein sehr ungewöhnlicher und gesuchter sein würde. — Daß endlich auch der unter allen Umständen viel zu vage und allgemeine Ausspruch von Bonifacius VIII. in c. 66. de R. J. in VI: „Cum non stat per eum ad quem pertinet, quo minus conditio impleatur, haberi debet perinde, ac si impleta fuisset“ nicht gegen die hier entwickelte Meinung benutzt werden kann, bedarf keiner besondren Ausführung.

e) Umgekehrt machen einige Stellen insofern Schwierigkeit, weil daraus hervorzugehen scheint, daß auch eine Potest.-Bed. ohne alle Unterscheidung als defizirt zu behandeln sei, wenn ihre Erfüllung zufällig unmöglich geworden. Hierher gehört insbesondre die l. 23. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2), wo Ulpian folgenden Fall vorträgt. Es ist Jemand unter der Bedingung zum Erben eingesetzt, wenn er einen Sklaven freilassen werde. Dieser Sklave wird von einem andren getödtet, und es fragt sich, was nun mit der actio leg. Aquil. eingeklagt werden könne. Ulpian entscheidet, geschehe die Tödtung nach dem Tode des Erblassers, so gehöre dahin auch der Werth der Erbschaft, „propter occisionem deficit enim conditio“; sei sie aber schon vorher geschehen, so falle dies weg, „quia retrorsum, quanti plurimi fuerit, inspicitur“. Wie Cujacius l. c. diese Stelle dafür anführen kann, daß die Potest.-Bed. dann für erfüllt

gelte, wenn der verhindernde Zufall noch bei Lebzeiten des Erblassers eintrete, ist freilich unbegreiflich, denn offenbar bleibt, wenn der Sklave vivo testatore getödtet ist, der Werth der Erbschaft nicht deßhalb aus der actio leg. Aquiliae ausgeschieden, weil der Eingesetzte die Erbschaft nicht verlöre, sondern weil zur Zeit der Tödtung der Erwerb der — damals ja noch gar nicht vorhandenen — Erbschaft nicht von dem Leben des Sklaven abhing. Vielmehr geht aus dieser Stelle deutlich genug die Meinung Ulpian's hervor, daß die Bedingung defizirt sei, möge der Sklave vor oder nach dem Erblasser getödtet sein; ein Resultat, was insofern unsrer obigen Annahme zu widersprechen scheint, weil es nach dieser allerdings vorkommen kann, daß die Bedingung vielmehr als erfüllt gilt, wenn die Tödtung erst nach dem Tode des Erblassers erfolgte. Erwägt man aber, daß es gar nicht die Absicht Ulpian's war, unsre Frage zu entscheiden, sondern dieselbe hier nur ganz incidenter zur Sprache kommt, und daß also auch eine detaillirte Unterscheidung aller dabei in Betracht kommenden Gesichtspunkte nicht zu erwarten ist, so verschwindet von selbst die Beweiskraft dieser Stelle, indem dann die Annahme ganz unbedenklich ist, daß Ulpian hier an den Fall gedacht habe, wenn der Sklave zwar nach dem Tode des Testators, aber zu einer Zeit getödtet ist, wo der Erbe sich noch nicht zur Freilassung des Sklaven bereit erklärt hatte; und zu einer solchen Annahme sind wir um so mehr berechtigt, weil sonst ein unauflöslicher Widerspruch zwischen dieser Stelle und der l. 54. §. 2. de leg. I. vorhanden wäre. — Außer der l. 23. §. 2. cit., und der schon oben besprochenen l. 94. pr. de cond. et dem. zählt man hierher auch noch mehrere Stellen, in denen die Bedingung, eine gewisse Person zu heirathen, indistincte als defizirt angenommen wird, wenn dieselbe vor Abschluß der Ehe gestorben ist, l. 4. C. de condit. insert. (6, 46), [„cum mortuo filio, priusquam matrimonium cum eo contraheres, conditio defecerit, nulla ratione legatum tibi deberi existimas“], vgl. l. 31, l. 101. pr. de cond. et dem., arg. l. 1. C. de inst. et subst. (6, 25), l. 1. C. de his quae sub modo (6, 45). Diese Entscheidungen wird man jedoch sehr konsequent und nicht in Widerspruch mit unsrem Grundsatz finden, wenn man nur erwägt, daß eine solche Bedingung regelmäßig nicht „in hoc fit, ut testamento pareatur“, sondern daß hier der Testator den wirklichen Erfolg, also den wirklichen Abschluß der Ehe, als die Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner Disposition im Auge hat.

Nach diesen Ausführungen kann ich nicht glauben, daß die römischen Juristen in den leitenden Grundsätzen, die bei unsrer Frage in Betracht kommen, dissentirt haben, womit es aber doch recht wohl vereinbar ist, daß sie einen konkreten Fall, wegen abweichender Auffassung der faktischen Momente desselben, verschieden beurtheilt haben können. Die neuern Juristen aber sind auch in Betreff der hier aufzustellenden Prinzipien sehr verschiedener Ansicht, und nicht wenige nehmen hier einen unauflöslichen Widerstreit unsrer Gesetze an; vgl. außer den Lehrbüchern (Thibaut §. 954, Mühlenbruch §. 100. 651. Not. 1, Wening §. 458, Schweppe, Hdb. V. §. 795, Seuffert §. 537, Puchta §. 60) noch *Cujac.*, obss. XVII. 22, *Donell.*, comm. jur. civ. VIII. 34, *Crell*, an conditio, quae per casum impleri nequit, pro impl. hab. Vit. 1735,

Endemann, de cond. impl. temp. p. 65 sqq., Sell, unmögl. Bedd. S. 213 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 211 fgg., Savigny, System III. S. 142 fgg., Götting in Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 315 fgg., Mayer, Legate §. 38. Anm. 7. 8, Vering S. 331.

Anm. 3. Was die Muzianische Kaution anbelangt (vgl. *Majans*, disputt. II. 40, *Conradi*, de caut. Muc. Lips. 1761, *Zimmern*, de caut. Muc. Heidelb. 1818, Roßhirt, Verm. I. S. 381 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 254 fgg., *Vering*, comm. ad l. 4. §. 1. de hered. inst. Heidelb. 1856), so kommen dabei folgende wesentliche Punkte in Betracht:

1) Negative Bedingungen sind bekanntlich erst dann erfüllt, wenn es gewiß geworden ist, daß ein factum contrarium nicht mehr vorkommen kann, und wenn also Jemanden etwas unter einer negativen Potestativ-Bedingung, also unter der Bedingung, etwas nicht zu thun, hinterlassen ist, so kann der Honorirte der Regel nach das Hinterlassene erst dann erhalten, wenn ihm das Thun unmöglich geworden ist. Dies widerstreitet aber sehr oft dem wahren Willen des Erblassers, indem in Folge dieser Regel häufig die Erfüllung der Bedingung, und folglich der Erwerb und Genuß des Legats in weite Ferne hinausgerückt werden müßte, während doch ein derartiger Aufschub gar nicht in der Absicht des Testator lag. Da nun aber „in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones" (§. 434. Anm. 2), so suchte man für solche Fälle nach einem Ausweg, und fand ihn in sehr entsprechender Weise in der, von ihrem Urheber, Q. Mucius Scaevola, s. g. cautio Muciana, deren einfacher Grundgedanke der ist, daß überall dann, wenn aus der Disposition hervorgeht, daß der Erblasser einen solchen Aufschub nicht beabsichtigt, die Bedingung, etwas nicht zu thun, schon dann als erfüllt angesehen werden soll („caventem — — *implere conditionem*" l. 4. §. 1. de condit. instit.), wenn nur der Honorirte das Nichtthun verspricht, und mit tüchtigen Bürgen (l. 67, l. 106. de condit. et demonstr., s. jedoch auch Nov. 22. c. 44) Sicherheit leistet, daß er das Empfangene sammt allen Früchten herausgeben werde, wenn er seinem Versprechen zuwider handeln werde, l. 76. §. 7. de legat. II, l. 79. §. 2. de cond. et dem., Nov. 22. c. 44. Die Anwendungsfälle dieser Kaution sind aber folgende:

1) Hauptsächlich gehört hierher, wenn die conditio non faciendi so beschaffen ist, daß erst der Tod des Honorirten ein Entgegenhandeln unmöglich macht, l. 73. de cond. et dem.:

> „in omnibus conditionibus, *quae morte legatariorum finiuntur*, receptum est, ut Muciana cautio interponatur",

vgl. l. 65. §. 1. ad SC. Trebell. (36, 1): „— — quae nisi fine vitae expleri non possent". Hätte man für solche Fälle die Regel über Erfüllung negativer Bedingungen strikt festhalten wollen, so würde die Beifügung einer solchen Bedingung das Vermächtniß streng genommen stets unwirksam gemacht haben, denn da die Bedingung erst durch den Tod des Honorirten erfüllt wird, man also nicht sagen kann, daß dieser die Erfüllung derselben erlebt habe, so könnten eigentlich weder er selbst, noch seine Erben Anspruch auf das Vermächtniß machen. Wenn man aber auch von dieser strengen Konsequenz absehen, und die

gelte, wenn der verhindernde Zufall noch bei Lebzeiten des Erblassers eintrete, ist freilich unbegreiflich, denn offenbar bleibt, wenn der Sklave vivo testatore getödtet ist, der Werth der Erbschaft nicht deßhalb aus der actio leg. Aquiliae ausgeschieden, weil der Eingesetzte die Erbschaft nicht verlöre, sondern weil zur Zeit der Tödtung der Erwerb der — damals ja noch gar nicht vorhandenen — Erbschaft nicht von dem Leben des Sklaven abhing. Vielmehr geht aus dieser Stelle deutlich genug die Meinung Ulpian's hervor, daß die Bedingung defizirt sei, möge der Sklave vor oder nach dem Erblasser getödtet sein; ein Resultat, was insofern unsrer obigen Annahme zu widersprechen scheint, weil es nach dieser allerdings vorkommen kann, daß die Bedingung vielmehr als erfüllt gilt, wenn die Tödtung erst nach dem Tode des Erblassers erfolgte. Erwägt man aber, daß es gar nicht die Absicht Ulpian's war, unsre Frage zu entscheiden, sondern dieselbe hier nur ganz incidenter zur Sprache kommt, und daß also auch eine detaillirte Unterscheidung aller dabei in Betracht kommenden Gesichtspunkte nicht zu erwarten ist, so verschwindet von selbst die Beweiskraft dieser Stelle, indem dann die Annahme ganz unbedenklich ist, daß Ulpian hier an den Fall gedacht habe, wenn der Sklave zwar nach dem Tode des Testators, aber zu einer Zeit getödtet ist, wo der Erbe sich noch nicht zur Freilassung des Sklaven bereit erklärt hatte; und zu einer solchen Annahme sind wir um so mehr berechtigt, weil sonst ein unauflöslicher Widerspruch zwischen dieser Stelle und der l. 54. §. 2. de leg. I. vorhanden wäre. — Außer der l. 23. §. 2. cit., und der schon oben besprochenen l. 94. pr. de cond. et dem. zählt man hierher auch noch mehrere Stellen, in denen die Bedingung, eine gewisse Person zu heirathen, indistincte als defizirt angenommen wird, wenn dieselbe vor Abschluß der Ehe gestorben ist, l. 4. C. de condit. insert. (6, 46), [„cum mortuo filio, priusquam matrimonium cum eo contraheres, conditio defecerit, nulla ratione legatum tibi deberi existimas"], vgl. l. 31, l. 101. pr. de cond. et dem., arg. l. 1. C. de inst. et subst. (6, 25), l. 1. C. de his quae sub modo (6, 45). Diese Entscheidungen wird man jedoch sehr konsequent und nicht in Widerspruch mit unsrem Grundsatz finden, wenn man nur erwägt, daß eine solche Bedingung regelmäßig nicht „in hoc fit, ut testamento pareatur", sondern daß hier der Testator den wirklichen Erfolg, also den wirklichen Abschluß der Ehe, als die Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner Disposition im Auge hat.

Nach diesen Ausführungen kann ich nicht glauben, daß die römischen Juristen in den leitenden Grundsätzen, die bei unsrer Frage in Betracht kommen, dissentirt haben, womit es aber doch recht wohl vereinbar ist, daß sie einen konkreten Fall, wegen abweichender Auffassung der faktischen Momente desselben, verschieden beurtheilt haben können. Die neuern Juristen aber sind auch in Betreff der hier aufzustellenden Prinzipien sehr verschiedener Ansicht, und nicht wenige nehmen hier einen unauflöslichen Widerstreit unsrer Gesetze an; vgl. außer den Lehrbüchern (Thibaut §. 954, Mühlenbruch §. 100. 651. Not. 1, Wening §. 458, Schweppe, Hdb. V. §. 795, Seuffert §. 537, Puchta §. 60) noch *Cujac.*, obss. XVII. 22, *Donell.*, comm. jur. civ. VIII. 34, *Crell*, an conditio, quae per casum impleri nequit, pro impl. hab. Vit. 1735,

nischen Kaution als erfüllt angenommen, l. 72. pr. §. 1. de condit. et dem.

b) Es gibt Fälle, in denen die dem Honorirten zur Pflicht gemachte Unterlassung so außer allem Verhältniß zu dem Hinterlassenen steht, daß man verständiger Weise nicht annehmen kann, der Honorirte werde durch Vornahme eines factum contrarium das ihm Hinterlassene auf's Spiel setzen, und eben deßhalb kann man es auch unmöglich als den vermuthlichen Willen des Erblassers ansehen, daß die Erwerbung des Legats bis zur Todeszeit des Dritten aufgeschoben sein solle. Wenn z. B. der Erblasser Jemanden ein Landgut vermacht unter der Bedingung, wenn er künftig seinen Weinbedarf nicht mehr vom Titius entnehmen, oder wenn er sein Haus nicht an den Titius vermiethen werde u. dgl. m., so kann es doch gewiß nicht als die Absicht des Testators angesehen werden, daß das Legat erst nach dem Tode des Titius erworben werden könne, sondern viel natürlicher und dem wahren Willen des Erblassers entsprechender wird hier die Erfüllung der Bedingung dann angenommen, wenn der Honorirte jene Unterlassung verspricht, und deßhalb die cautio Muciana leistet. Eine Anwendung hiervon finden wir z. B. bei der, dem Legate eines Landguts zugefügten Bedingung: „wenn der Legatar einen gewissen Sklaven nicht manumittiren werde", l. 7 pr., l. 67. de condit. et dem., und gewiß kann daher in diesen Entscheidungen keine Ueberschreitung des der cautio Muciana zu Grunde liegenden Prinzips gefunden werden. (Diese Erklärung der l. 7. und 67. citt. scheint mir zutreffender, als die von Mayer, Leg. §. 37. Anm. 2. angedeutete und von Unger, östreich. Erbr. S. 80. gebilligte, wornach die Gefahr für das Leben des Sklaven der Grund für die Zulassung der cautio Muciana gewesen sein soll). —

Ich habe bisher vorausgesetzt, daß die Anwendbarkeit der cautio Muciana auf negative Potestativ-Bedingungen beschränkt ist, und in der That muß dies auch ungeachtet des Widerspruchs Mancher, z. B. *Fein*, de herede suo sub cond. inst. Gött. 1777. §. 39. p. 56 sq. und bes. *Büchner*, de usu caut. Muc. ad solas liberalit. sub cond. negat. non restringendo. Gies. 1789, unbedingt angenommen werden, indem in den Quellen nirgends bei Bedingungen andrer Art davon die Rede ist. Nur versteht es sich von selbst, daß dabei der zufällige Ausdruck des Testators nicht entscheidet, und wenn also z. B. ein Legat an die Bedingung geknüpft ist „wenn der Honorirte, so lange er lebt, jeden Sonntag in die Kirche geht", so ist hier ungeachtet der affirmativen Fassung der Bedingung doch gewiß die cautio Muciana zulässig, weil dies nichts andres ist, als wenn der Erblasser gesagt hätte „wenn der Honorirte keinen Sonntag die Kirche versäumt", vgl. auch l. 101. §. 3. de cond. et dem., und s. *Zimmern* cit. p. 4 sq., Mühlenbruch a. a. O. S. 256 fg.; s. jedoch auch Unger, östr. Erbr. S. 80.

II. Die Muzianische Kaution findet nicht blos bei Legaten, sondern auch bei Erbeinsetzungen Anwendung, l. 7. pr. §. 1, l. 18. de condit. et dem., l. 4. §. 1. de condit. instit. Zwar ist es bei einer jeden bedingten Erbeinsetzung auch schon ohnedies dem Honorirten gestattet, gegen Stellung einer Kaution eine bonor. possessio secundum tabulas zu agnosziren, l. 23. pr. de hered. inst. (28, 5), l. 3. §. 13. de bon. poss. c. t. (37, 4), l. 2. § 1,

l. 5. pr., l. 6. 10. 12. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), l. 12. qui satisdare cogunt. (2, 8), l. 8. pr. de stipul. servor. (46, 5), aber dadurch ist das Recht der cautio Muciana für Erbeinsetzungen keineswegs überflüssig. Es versteht sich nämlich von selbst, daß die bonorum possessio immer dann, wenn der Erbe pendente conditione verstirbt, wirkungslos werden muß, und namentlich wäre dies also auch dann der Fall, wenn bei einer negativen Potest.-Bedingung der Erbe verstirbt, bevor die Bedingung erfüllt wäre. Durch die Stellung der Kaution erfüllt aber der Erbe die Bedingung, s. oben, und wird in Folge davon zum alsbaldigen definitiven Erbschaftsantritt berechtigt, l. 7. §. 1. de cond. et dem. („et *ita adire posse hereditatem*"), obwohl er freilich, wenn er nun dennoch ein factum contrarium vornehmen sollte, in Folge der durch die Kaution übernommenen obligatio zur Restitution der Erbschaft mit sämmtlichen Nutzungen verpflichtet ist. — Wenn ich übrigens in früheren Auflagen dieses Lehrb. mit Andren, z. B. *Zimmern* l. c. p. 19 sqq annahm, daß bei Erbeinsetzungen die cautio Muciana nicht an die Schranken gebunden sei, welche bei Legaten beobachtet werden müßten, sondern daß dieselbe hier bei allen negativen Potest.-Bedingungen zur Anwendung komme: so muß ich mich jetzt mit Bestimmtheit dagegen erklären. Die l. 4. §. 1. de condit. instit., auf welche sich diese Ansicht vorzüglich stützt, ist vorher bei l. 2. so erklärt worden, daß sie in vollem Einklang mit dem Prinzip der cautio Muciana steht; und eben so wenig kann man sich dafür auf l. 7. pr. de cond. et dem. berufen, denn die dort angeführte Bedingung: si Stichum non manumiserit gerade auf Erbeinsetzungen zu beschränken, gibt es keinen haltbaren Grund, und es ist überdies vorher bei l. 3. b. nachgewiesen, daß diese Bedingung auch bei Legaten zur Stellung der Muz. Kaution berechtigt. Nach richtiger Ansicht muß also für Erbeinsetzungen die cautio Muciana genau in dieselben Schranken eingeschlossen werden, welche auch für Legate gelten, und die vorher bei I. aufgestellten Sätze finden demnach auch hierbei ihre volle Anwendbarkeit.

III. Es muß aber die cautio Muciana demjenigen geleistet werden, „ad quem jure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest", l. 18. de cond. In Beziehung auf Vermächtnisse macht sich die Anwendung hiervon von selbst. Was aber die Erbeinsetzungen anbelangt, so ist zwar auch soviel gewiß, daß, wenn noch Miterben vorhanden sind, die Kaution diesen geleistet werden muß, aber sehr bestritten ist es, wie es sich verhalte, wenn Jemand unter einer negativen Potest.-Bed. zum alleinigen Erben eingesetzt ist. Während nämlich Viele glauben daß in einem solchen Falle die ganze Bedingung als unmögliche wegfalle, weil Niemand da sei, an welchen die Kaution geleistet werden könne, indem eben nur Miterben, aber nicht auch Substituten und Intestaterben einen Anspruch darauf hätten, vgl. *Donell.*, comm jur. civ VIII. c. 33. §. 21, Thibaut §. 954, nehmen Andre einen Unterschied zwischen Substituten und Intestaterben an, indem zwar wohl den erstren, aber nicht auch den letztren die Kaution geleistet werden müsse, vgl. *Amaya,* obss. II. c. 11. §. 36 sqq., *Bachov* ad Treutler. vol. III. disp. 13. thes. 6, *Zimmern* l. c. p. 33 sqq., Roßhirt, Verm. I. S. 382, Fabricius, Ursprung der bon. poss. S. 65, *Vering* cit. p. 18 sqq. u. A., und wieder Andre ziehen auch die

Intestaterben hierher, so daß also auch diese die Stellung der Kaution zu verlangen das Recht hätten, vgl. bes. Arndts, Beiträge zu verschiedenen Lehren des Zivilr. und Zivilproz. 1. Heft. Bonn 1837. S. 183 fgg. und die da in Not. 11. Angeff., und im Rechtslex. III. S. 931 fgg., Mühlenbruch XLI. S. 195 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 173. Anm. 29; vgl. auch Schweppe, Hdb. V. S. 155, Wening §. 459, Puchta §. 475. not. q. und Vorles. ad h. l., Seuffert §. 538. not. 2ª, Tewes S. 239. u. A. m. Ich halte die zweite Meinung für die richtige, wonach alle, aber auch nur die durch das Testament gerufenen Erben einen Anspruch auf die Kaution haben, und folglich die Bedingung dann als unmögliche hinwegfällt, wenn weder Miterben, noch Substituten vorhanden sind. Sehen wir noch einen Augenblick von den besondren, unsren Fall betreffenden Gesetzen ab, so scheinen mir folgende Betrachtungen für diese Ansicht entscheidend:

1) So lange noch die Hoffnung der Testamentserbfolge vorhanden ist, kann von Intestatsuccession gar keine Rede sein, l. 39. de acqu. v. om. hered., l. 8. C. comm. de succ., und bevor es sich also entschieden hat, daß die Testamentserbfolge wegfällt, kann Niemand als nächster Intestaterbe rechtlich in Betracht kommen, vgl. l. 2. §. 6, l. 5. de suis et legit. hered. (38, 16); woraus von selbst hervorgeht, daß auch bei der Kaution des unter einer Bedingung eingesetzten Erben — einerlei, ob bei der cautio Muciana, oder der gewöhnlichen zum Zweck der bon. poss. sec. tab. — auf den künftigen Intestaterben keine Rücksicht zu nehmen ist. Ganz anders verhält es sich mit dem Substituten. Zwar könnte man glauben, daß bei diesem doch wesentlich dasselbe vorkäme, wie bei dem zur Zeit des Todes nächsten Intestaterben, indem es ja bei beiden gleichmäßig ungewiß ist, ob ihnen die Erbschaft deficiente conditione wirklich zufallen werde. Diese Gleichstellung ist aber sicher verwerflich, denn da das Recht der Substituten auf demselben Delationsgrund beruht, wie das Recht des Institutus, so muß es auch sogleich berücksichtigt werden, obwohl es freilich möglich ist, daß dasselbe wegen zu frühen Todes des Substituten unwirksam wird. In dieser letztren Beziehung verhält es sich mit dem Substituten nicht anders, wie mit einem unter irgend einer Bedingung eingesetzten Miterben, dem doch unzweifelhaft die Kaution geleistet werden muß.

2) Es liegt im Wesen der cautio Muciana, daß durch die Leistung derselben die negative Potest.-Bed. erfüllt wird. Ist nun also die Stellung dieser Kaution unmöglich, weil Niemand ist, dem sie geleistet werden muß, so ist die Erfüllung einer solchen Bedingung unmöglich, d. h. die Bedingung selbst ist unmöglich und muß also für nicht beigefügt gelten. Namentlich also muß dies nach dem bei Nro. 1. Bemerkten der Fall sein, wenn Jemand unter einer solchen Bedingung zum Erben eingesetzt ist, und weder Miterben noch Substituten vorhanden sind.

Mit diesen aus allgemeinen Grundsätzen hervorgehenden Resultaten stimmen auch vollständig die besondern, unsre Frage berührenden Gesetze überein. Zunächst gehören hierher l. 12. qui satisd. cog. und l. 8. pr. de stipul. praet., in denen allgemein der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe angewiesen ist, den Substituten Kaution zu stellen, eine Bestimmung, von welcher man ohne

Willkür den unter einer negativen Potest.=Bed. Instituirten nicht ausnehmen darf. — Daß aber die cautio Muciana den Intestaterben nicht geleistet wird, und folglich der unter einer negativen Potest.=Bed. Eingesetzte, wenn er keine Miterben und keine Substituten hat, als pure Eingesetzter anzusehen ist, geht aus folgenden Gesetzen hervor:

a) Ulp. l. 4. §. 1. de cond. inst.: „Idem Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem: ceterum, si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri; quae sententia vera est". Auf das Bestimmteste wird hier ausgesprochen, daß, wenn der unter einer solchen Bedingung Eingesetzte *solus* heres scriptus sei (d. h. offenbar, wenn weder Miterben noch Substituten vorhanden sind), die Bedingung als unmögliche für nicht beigefügt gelte. Alle mir bekannten Versuche, diese Stelle mit der Ansicht zu vereinigen, daß die cautio Muciana auch den Intestaterben gestellt werden müsse, sind meiner Ueberzeugung nach schlechthin verwerflich. Wer möchte wohl auch mit Bartolus und Voet ad tit. D. de cond. et dem. §. 7. supponiren wollen, daß Ulpian hier an einen Fall denke, wo keine Intestaterben da seien, oder mit van de Water obss. jur. civ. I. 4. (dem im Wesentlichen auch Böcking, Pand. II. §. 158. Not. 27. und *Vering* cit. p. 29 sq. beistimmen) annehmen, in der Bedingung: si servum hereditarium non alienaverit, liege der Absicht des Testaters nach ein Veräußerungsverbot, welches, wenn nur ein Erbe ernannt sei, in Gemäßheit der l. 114. §. 14. de leg. I. darum wegfalle, weil Niemand ein Interesse an dessen Realisirung habe, während, wenn noch Miterben da seien, es allerdings zu respektiren sei, da diese dabei interessirt seien! Nicht weniger unhaltbar ist die Erklärung von Cujacius (obss. V. 2), der alles Gewicht auf den Ausdruck servus hereditarius legt, und darunter nur den einer hereditas *jacens* zugehörigen Sklaven verstehen will; die einem heres ex asse gestellte Bedingung, einen solchen Sklaven nicht zu veräußern, sei eine impossibilis, weil nie dagegen gehandelt werden könne, vor dem Erbschaftsantritt nicht, weil hier der Sklave noch gar nicht dem Eingesetzten gehöre, und also auch nicht von demselben veräußert werden könne, nach der Antretung nicht, weil dann der servus nicht mehr hereditarius sei. Alle diese Auslegungen sind so handgreiflich irrig, daß sie einer ernstlichen Widerlegung nicht bedürfen, vgl. dagegen auch Arndts a. a. O. S. 197 fgg. Eben so wenig kann ich aber auch der von Arndts a. d. aa. OO. und Mühlenbruch cit. S. 201 fgg. angenommenen Erklärung Ant. Faber's (conjectt. II. 16) beistimmen. Dieselbe geht im Wesentlichen darauf hinaus: „Die Bedingung, si servum hereditarium non alienaverit, sei so beschaffen, daß von einer wirklichen Erfüllung derselben im Sinne des Erblassers nur erst nach Erwerbung der Erbschaft die Rede sein könne, denn vorher sei ja ein Entgegenhandeln gar nicht möglich, weil ein Nichterbe einen Erbschaftssklaven zu veräußern unfähig sei. Nun solle aber doch auch wieder der Eingesetzte nicht eher Erbe werden, als bis er die Bedingung erfüllt habe, und diese „praepostera conditionis natura" sei der Grund, weßhalb die Bedingung, falls nur ein Erbe eingesetzt sei, für unmöglich erklärt sei. Da dies aber nur eine Folge der eigenthümlichen Natur der speziellen Bedingung:

si servum hereditarium non alienaverit sei, so könne natürlich aus dieser Entscheidung keine allgemeine Norm für die Lehre von der cautio Muciana entlehnt werden, und wenn also z. B. die Bedingung lautete: si servum *suum* non alienaverit, so müßte gewiß auch der heres ex asse den nächsten Intestaterben die cautio Muciana stellen". Man sieht aber leicht, daß das, was eigentlich zu erklären war — nämlich die von Ulpian gemachte Unterscheidung zwischen dem heres partiarius und dem heres ex asse — durch diese Faber'sche Entwickelung völlig unerklärt geblieben ist, denn ganz dieselben Gründe, welche Faber für den heres ex asse anführt, treten ja offenbar auch bei dem heres partiarius ein, und es müßte also auch bei diesem jene Bedingung für unmöglich erklärt werden, wenn Faber's Argumentation wirklich gegründet wäre. Es fällt aber dieselbe auch schon darum in sich zusammen, weil die negative Potest.-Bedingung seit Einführung der cautio Muciana schon durch die Leistung dieser Kaution erfüllt wird, und diese Art der Erfüllung ist auch bei der Bedingung: si servum hereditarium non alienaverit schon vor dem Erbschaftsantritt möglich, wenn nur Jemand vorhanden ist, dem diese Kaution zu leisten ist. Hätten also wirklich die Intestaterben Anspruch auf dieselbe, so wäre auch bei dem heres ex asse kein Grund vorhanden gewesen, jene Bedingung für unmöglich zu erklären, während sich diese Entscheidung vollkommen, aber auch nur aus der Annahme erklärt, daß die cautio Muciana dem Intestaterben nicht geleistet zu werden braucht.

b) Ulp. l. 7. §. 1. de cond. et dem.: „Unde si uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: *si dotem, quam ei promisi, neque petierit, neque exegerit*, denuntiare eum posse coheredi, paratum se accepto facere dotem, vel cavere, et ita adire posse hereditatem. Sed si ex asse sit institutus maritus sub ea conditione, quoniam non est, cui caveat, non impediri eum, quominus adeat hereditatem; nam jure ipso impleta conditio videtur eo, quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem". Ganz derselbe Fall wird auch von Labeo in l. 20. pr. de cond. instit. behandelt, und nachdem hier entschieden ist, daß der heres partiarius die ihm gesetzte Bedingung durch Acceptilation erfülle, heißt es weiter: „Quod si solus heres institutus esset in tali conditione, nihilo minus puto, statim eum heredem futurum, quia *ἀδύνατος* conditio pro non scripta accipienda est". Auch in diesen Stellen also ist genau unterschieden, ob noch andere eingesetzte Erben vorhanden sind oder nicht, und während im ersten Falle die Kaution zu leisten ist, wird für den zweiten entschieden, daß die Erbschaft sogleich angetreten werden könne, weil eine unmögliche Bedingung für nicht beigefügt gelte. Doch wollen die Gegner (vgl. bes. Arndts a. a. O. S. 191 fgg.) die Beweiskraft dieser Gesetze durch die Behauptung beseitigen, daß diese Entscheidung sich offenbar nicht darauf gründe, weil die Kaution Intestaterben nicht gestellt zu werden brauche, sondern vielmehr darauf, weil durch den Erbschaftsantritt die Bedingung nothwendig erfüllt werde, indem ja dann die Forderung des Manns durch confusio erloschen und Niemand vorhanden sei, den er ausklagen könne; ein Grund, der auch deutlich genug in l. 7. cit. (verb.: nam jure ipso rel.) ausgesprochen sei. Ich gebe zu, daß

dieser Gedanke Ulpian nicht fremd war, aber ich muß in Abrede stellen, daß dadurch die Beweiskraft unsrer Stellen aufgehoben oder auch nur geschwächt werde. Offenbar nämlich hätte der Umstand, daß bei der hier behandelten Bedingung durch den Erbschaftsantritt die Erfüllung der Bedingung eo ipso herbeigeführt wird, dem strengen Rechte nach den so eingesetzten Erben doch nicht zur alsbaldigen Antretung berechtigen können, indem es ja im Wesen einer Bedingung liegt, daß ihre Erfüllung dem Erbschaftsantritt vorausgehen muß. Mit andern Worten: diejenige negative Potest.-Bed., die durch den Erbschaftsantritt selbst erfüllt wird, steht rechtlich jeder andren negat. Pot.-Bed. ganz gleich, und in beiden Fällen bedarf es gleich sehr der Anwendung der Prinzipien über cautio Muciana, um der Erbeinsetzung rechtliche Wirksamkeit zu verschaffen. Wäre also in unsrem Falle Jemand vorhanden gewesen, dem die Kaution gestellt zu werden brauchte, so hätte dieselbe allerdings auch geleistet werden müssen, um dem Rechtssatz zu genügen, daß die Bedingung vor dem Erbschaftsantritt erfüllt sein muß. Wenn nun demnoch entschieden wird, daß der so Eingesetzte sogleich antreten könne, so kann der wahre zivilistische Grund nicht darin liegen, weil durch den Erbschaftsantritt die Bedingung erfüllt wird, sondern vielmehr nur darin, weil Niemand da ist, dem die cautio Muciana gestellt werden konnte, und also die Erfüllung der Bedingung vor dem Erbschaftsantritt unmöglich ist. Dies ist denn auch der klar ausgesprochene Entscheidungsgrund von Labeo („quia ἀδύνατος conditio pro non scripta accipienda est"); denn die Erklärung von Arndts a. a. O. S. 193, daß die Bedingung hier deßhalb unmöglich genannt sei, weil die Nichterfüllung derselben unmöglich sei, ist doch gewiß unhaltbar, und mit seinen eignen, in einem andren Aufsatze ausgesprochenen Grundsätzen (a. a. O. S. 163 fgg.) im Widerspruch. So wird denn auch von Ulpian in l. 7. cit. auf das Bestimmteste anerkannt, daß, wenn nur ein Erbe eingesetzt sei, Niemand vorhanden sei, welchem die Kaution geleistet werden könne („quoniam nemo est, cui caveat"), und wenn doch nicht hierauf ausdrücklich die Entscheidung gegründet wird, so berechtigt uns dies noch nicht zur Annahme, daß Ulpian das wahre Verhältniß verkannt habe, sondern sicher wollte er in den Worten *nam jure ipso rel.* nur auf die Eigenthümlichkeit des konkreten Falls hindeuten und daraus einen unterstützenden Grund für seine Entscheidung entnehmen.

Da hiernach allgemeine Grundsätze und besondre Gesetze übereinstimmend zu dem Resultate führen, daß der unter einer negativen Potest.-Bed. eingesetzte Erbe nur seinen Miterben oder Substituten, nicht aber auch den Intestaterben die Muzianische Kaution leisten muß, so kann dagegen auch gewiß nicht der vage allgemeine Ausspruch der l. 18. de cond. et dem. angeführt werden, und eben so wenig die Nov. 22. c. 44, wo für einen besondern Fall, wenn nämlich die conditio viduitatis gesetzt ist, allerdings auch die Stellung der Kaution an die Intestaterben vorgeschrieben ist. Wir können um so weniger anstehen, hierin eine singuläre Bestimmung zu finden, da hierauf das Gesetz selbst in den Worten: *ut undique lex habeat propriam perfectionem* nicht undeutlich hinweist.

3) Von den Wirkungen der Bedingung. §. 436.

Anm. Ob die einem Vermächtniß beigefügte Bedingung nach ihrer Erfüllung retrahirt werde, ist außerordentlich bestritten, vgl. über die Literatur Fitting, Rückziehung S. 31 fgg. Ich nehme keinen Anstand, mich der verneinenden Meinung, die in neuerer Zeit besonders gründlich von Fitting a. a. O. vertheidigt worden ist, anzuschließen, und zwar nicht blos bei solchen Vermächtnissen, wodurch unmittelbar dingliches Recht für den Legatar begründet wird (ich will sie der Kürze wegen Eigenthums-Vermächtnisse nennen), sondern auch bei solchen, deren nächste Wirkung nur in der Begründung einer Obligation zwischen dem Erben und dem Legatar besteht (s. g. Forderungs-Vermächtnisse).

I. Was zunächst das Eigenthums-Vermächtniß anbelangt, so verhält es sich hierbei nicht anders, wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, die auf Eigenthums-Uebertragung gerichtet sind (vgl. Bd. I. §. 95. Anm. S. 145 fgg.). Würde bei einem Vermächtniß die Bedingung retrahirt, so müßte dies nothwendig die Wirkung haben, daß während schwebender Bedingung auch das Eigenthum der legirten Sache ein schwebendes wäre (vgl. §. 301. Anm.), und also erst nach Entscheidung der Bedingung sich herausstellen würde, ob von Anfang an der Erbe oder der Legatar Eigenthümer der legirten Sache war. Aber so ist es entschieden nicht, sondern nach der im Justinianischen Rechte rezipirten Ansicht der Sabinianer (*Gai.* II. §. 200) ist in der Zwischenzeit der Erbe wahrer Eigenthümer und erst mit Erfüllung der Bedingung geht das Eigenthum auf den Legatar über; er wird also erst jetzt Eigenthümer und auch nicht in einem einzigen Punkte wird es so angesehen, als ob er schon vorher Eigenthümer gewesen wäre. Freilich ist das Eigenthum des Erben ein der Dauer nach beschränktes; aber es ist schon an einem andren Orte (vgl. §. 301. Anm.) ausgeführt worden, daß bei einem solchen dominium revocabile im wahren Sinn d. W. von einer Rückziehung schlechthin keine Rede ist. Sehr bestimmt wird dies Verhältniß in l. 1. §. 4. de SC. Silan. (29, 5):

> *Ulp.* „Servi appellatione etiam hi continentur, qui sub conditione legati sunt, nam medio tempore heredis sunt, nec, quod conditio existens efficit, ut desinant esse heredis, facit, ne videantur interim ejus esse“

ausgesprochen und in zahlreichen Anwendungen anerkannt. Die folgenden sind hier hervorzuheben:

1) Der Erbe als wahrer Eigenthümer kann in der Zwischenzeit rechtsgiltige Dispositionen über die legirte Sache treffen; er kann sie verpfänden, mit Servituten belasten, sie weiter legiren u. dgl. m., und wenn die Bedingung des Legats eintritt, so werden nun nicht etwa diese Dispositionen rückwärts als von einem Nichtberechtigten ausgegangen als nichtig angesehen, sondern sie erlöschen erst von jetzt an, l. 16. quib. mod. ususfr. am. (7, 4):

> *Ulp.* „Si sub conditione mihi legatus sit ususfructus, medio tempore sit penes heredem: *potest heres usumfructum alii legare.* Quae res facit, ut si conditio extiterit mei legati, ususfructus ab herede relictus *finiatur*“;

vgl. auch l. 11. §. 1. quemadmod. serv. amitt. (8, 6): „servitutes *extinguentur*, si legati conditio existat", l. 13. §. 1. de pign. (20, 1): „conditione existente *evanescit* pignus", l. 105. fin. de condit. (35, 1): „servitus *finietur* existente conditione". Daß doch der Erbe einen bedingt legirten Sklaven nicht manumittiren und an einem bedingt legirten fundus keinen locus religiosus begründen kann, l. 34. de relig. (11, 7), l. 105. de condit. (35, 1), l. 11. de manum. (40, 1), l. 29. §. 1. qui et a quib. (40, 9), hat seinen einfachen Grund darin, weil diese Rechtsverhältnisse so geartet sind, daß wenn sie einmal giltig konstituirt sind, sie nicht wieder erlöschen können; sollte also eine ohnedies unvermeidliche Rechtskränkung des Legatars vermieden werden („ne legatario injuria fieret", l. 29 §. 1. cit.), so mußte dem Erben die Befugniß zu solchen Dispositionen ganz abgesprochen werden. Für eine Rückziehung der Bedingung kann begreiflich aus diesen, auf ganz besondren Gründen beruhenden Bestimmungen kein Argument entnommen werden; Fitting a. a. O. S. 80 fgg.

2) Auch zum Vortheil der Sache kann der Erbe rechtsgiltig verfügen, z. B. Servituten für die Sache erwerben, und diese bleiben auch nach erfüllter Bedingung vollkommen giltig, während dieselben, wenn eine Rückziehung Platz griffe, als von einem Nichtberechtigten erworben, keinen Rechtsbestand hätten, l. 11. §. 1. quemadm. serv. am. (8, 6).

3) Wenn die unter einer Bedingung legirte Sache während schwebender Bedingung beschädigt oder gestohlen wird, so steht ausschließlich dem Erben die actio leg. Aqu. oder die cond. furtiva zu, während, wenn die Bedingung retrahirt würde, es von dem Ausgang der Bedingung abhängig wäre, ob der Erbe oder der Legatar der Klagberechtigte sein würde, l. 12. §. 5. de usufr. (7, 1).

4) Wenn während schwebender Bedingung ein Konfusionsfall in der Person des Erben eintritt, so geht dadurch sogleich das jus in re aliena unter, während, wenn Rückziehung Statt fände, erst der Ausgang der Bedingung darüber entschiede, ob eine confusio vorgekommen wäre oder nicht, l. 17. quib. mod. ususfr. (7, 4), l. 6. de manum. test. (40, 4). Daß doch der Legatar die durch confusio untergegangene Realservituten wieder rekonstituiren muß, l. 76. §. 2. de legat. II, vgl. l. 18. de serit. (8, 1), l. 116. §. 4. de legat. I, l. 66. §. 6. de legat. II, beruht auf einer sehr verständigen Willens-Interpretation, und ist in keinem Widerspruch mit dem obigen Grundsatz.

5) Wenn Jemanden ein Grundstück unter einer Bedingung, und eine Wegegerechtigkeit zu diesem Grundstück pure legirt ist, und der Testator stirbt während schwebender Bedingung, so erlöscht das legatum viae, weil der Legatar im Augenblick des dies cedens nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, für welches die Wegegerechtigkeit erworben werden soll, l. 3. de serv. leg. (33, 3). Würde die Bedingung zurückgezogen, so müßte das Legat der Wegegerechtigkeit für den Fall, daß die Bedingung des andren Legats sich erfüllt, als rechtsbeständig anerkannt werden.

6) Die direkte testamentarische Freilassung ist nichts anderes, als ein wahres Eigenthums-Vermächtniß, und da nun bei bedingter testamentarischer Freilassung — bei *statu liberi* — nach den unzweideutigsten Quellen-Zeugnissen

keine Rückziehung Statt findet, vgl. Bd. I. S. 557, so liegt auch darin ein entscheidender Beweis, daß überhaupt bei dem Eigenthums-Vermächtniß eine Rückziehung der Bedingung unzulässig ist.

II. Während, wie wir eben sahen, bei Eigenthums-Vermächtnissen die Bedingung ganz eben so behandelt wird, wie bei Eigenthums-Uebertragungen unter Lebenden, indem in beiden Fällen keine Rückziehung Statt findet: so verhält sich dies anders bei Forderungs-Vermächtnissen. Bei einem obligatorischen Geschäfte unter Lebenden wird die erfüllte Bedingung allerdings retrahirt, d. h. nach erfüllter Bedingung erscheint der Gläubiger schon von Anfang an als Gläubiger (vgl. Bd. I. §. 95. Anm. S. 142 fgg.); bei einem Forderungs-Vermächtniß dagegen wird der Legatar durchaus erst dann Gläubiger, wenn die Bedingung erfüllt ist, und in keiner einzigen Beziehung wird es so angesehen, als wenn er schon von Anfang an Gläubiger gewesen wäre. Dieser Gegensatz zwischen bedingten Verträgen und bedingten Vermächtnissen wird scharf hervorgehoben in l. 42. pr. de O. et A. (44, 7):

> *Ulp.* „Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, quum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione creditorem esse",

und tritt überdies in mehrfachen Anwendungen sehr bestimmt hervor. Man bemerke:

1) Während im Falle bedingter Vertrags-Schulden dem Gläubiger unbedenklich die Rechtsmittel gegen alienationes in fraudem creditorum zuständig sind, verhält sich dies bei bedingten Vermächtnissen anders, l. 27. pr. qui et a quib. (40, 9):

> *Ulp.* „— — *Diversa* causa est legati sub conditione relicti; nam antequam conditio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur".

2) Wenn der Legatar alieni juris ist, aber während schwebender Bedingung sui juris wird, so erwirbt er selbst das Legat und nicht der Gewalthaber, l. 14. §. 3. quando dies legator. (36, 2), vgl. l. 5. §. 7. eod., l. 1. §. 20, l. 2. 3. ut legator. (36, 3), l. 28. de pignor. (20, 1), l. 18. de R. J. Bei bedingten Verträgen gilt die umgekehrte Regel, weil die Bedingung zurückgezogen wird, vgl. Bd. I. S. 142.

3) Wenn für ein bedingtes Forderungsrecht ein Bürge angenommen ist, und während schwebender Bedingung eine Acceptilation mit dem Bürgen abgeschlossen wird, so erlöscht damit auch die prinzipale Forderung, l. 13. §. 7. de accept. (46, 4) verb. mit l. 16. de solut. (46, 3). Geschieht dies aber für ein bedingtes Vermächtniß, so wird durch die Acceptilation nur der Bürge selbst frei, während der Erbe verhaftet bleibt, l. 13. §. 8. de accept. (46, 4), genau so, wie wenn für eine *futura* obligatio ein Bürge bestellt, und vor Existenz der obligatio eine Acceptilation mit demselben abgeschlossen wird, l. 13. §. 9. eod.

4) Wenn nun nach den Bisherigen nicht bezweifelt werden kann, daß die Bedingung bei einem Vermächtniß nicht retrahirt werden kann, so versteht es sich doch von selbst, daß schon von Anfang an eine *futura* obligatio vorhanden

ist, und daraus erklärt es sich zur Genüge, daß sich der Legatar ein rechtsgiltiges Pfandrecht bestellen lassen kann, l. 9. §. 2. qui potior. in pign. (vgl. l. 5. de pignor.: „sed et *futurae* obligationis nomine res hypothecae dari possunt", u. s. auch §. 372. Anm. 3), daß Bürgen dafür rechtlich verpflichtet sind, l. 13. §. 8. de accept. vgl. mit §. 9. eod., und daß auch eine rechtsbeständige Novation dabei vorkommen kann; l. 8. §. 1. de novat. (46, 2) vgl. mit §. 2. eod. (über die widerstreitende l. 41 de condit. (35, 1), vgl. Fitting a. a. O. S. 59 fgg., Salpius, Novat. u. Deleg. Berl. 1864. S. 37 fg.). Da diese Sätze, wie gesagt, sich vollständig aus dem Dasein einer zukünftigen Obligation erklären, so können dieselben begreiflich nicht, wie doch oft geschieht, als Zeugnisse für die Retraktion der Bedingung betrachtet werden. Vgl. überhaupt Fitting a. a. O. S. 31 fgg. 53 fgg S. 78 fgg.

B) Dies. §. 437.

Savigny, Syst. III. S. 204 fgg.; vgl. auch Mühlenbruch XL. S. 188 fgg. — Vgl. Maassen, zur Lehre von den Bedingungen S. 24 fgg. („über die Rechtsregel: dies incertus [quando] conditionem in testamento facit»).

§. 9. J. de hered. instit. (2, 14): Heres pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti *post quinquennium quam moriar* vel *ex Calendis* vel *usque ad Calendas illas heres esto.* Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

C) Modus. §. 438.

Savigny, Syst. III. S. 226 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 268 fgg.

V. Von der Ausführung der letztwilligen Verfügungen.

A) Von der Apertur. §. 439.

Dig. XXIX. 3. und Cod. VI. 32. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur; *Paul.* rec. sent. IV. 6. — Dig. XXIX. 5. de SCto Silaniano et Claudiano, quor. testamenta ne aperiantur; Cod. VI. 35. (de his quib. ut indign. hered. aufertur et) ad SC. Silanianum. — Westphal, von

Vorlegung und Eröffnung der Testamente. Leipzig 1790, v. Savigny in den Abhandl. der Berl. Akad. 1818, hist.-phil. Klasse S. 67 fgg., in den verm. Schriften Bd. III. S. 122 fgg., Spangenberg im ziv.-Arch. V. Nr. 5. S. 158 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 370 fgg., Sintenis III. §. 181, Keller, Institutt. §. 310, Vering, Erbr. S. 468 fgg., Tewes, System §. 50.

B) Von der Exhibition und dem Beweise letztwilliger Verfügungen. §. 440.

Dig. XLIII. 5, Cod. VIII. 7. de tabulis exhibendis. — *Glück*, de testam. priv. solennis probatione; in opusc. fasc. I. nr. 1. — Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 381 fgg., Arndts im Rechtslex. V. S. 217 fgg., Sintenis III. §. 190, Keller, Pand. §. 498.

C) Von den Testamentsexekutoren. §. 441.

Leyser, spec. 474, *Lauterbach*, de executor. volunt. ult., in diss. acad. tom. II. nr. 79, Roßhirt, in seiner Zeitschr. I. S. 217 fgg., Scholz III., über Testam. Vollzieher. Altenb. 1841, Ders. in Gieß. Zeitschr. XX. S. 126 fgg., Mühlenbruch XLIII. S. 390 fgg., Beseler in der Zeitschr. für deutsches Recht IX. S. 144 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 182, Heimbach im Rechtslex. X. S. 1011 fgg., Elvers, im prakt. Arch. IV. S. 138 fgg. Vgl. auch Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel V. S. 287 fgg., Vering, Erbr. S. 472 fgg., Tewes, Syst. II. S. 24 fgg.

D) Von Auslegung letzter Willen. §. 442.

Dig. XXXIV. 5. de rebus dubiis, Cod. VI. 38. de verbor. et rer. significatione. — *Mantica*, de conjecturis ultimar. volunt. Frcf. 1680. fol., *Chiflet*, de jure fideic. lib. 3. c. 15. (in *Otto*, thesaur. V. pag. 838 sqq.), *Schweitzer* (praes. *Hübner*), ad tit. de reb. dub. comment. Lips. 1802, Elvers in sein. neuen Themis I. S. 256 fgg.

Abschnitt II.

Von Testamenten insbesondere.

I. Von der Testamentsform.

Inst. II. 10. de testamentis ordinandis; Dig. XXVIII. 1. qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant; Cod. VI. 23. de testamentis et quemadm. testamenta ordinentur. — Glück XXXIV. S. 149 fgg., Heimbach im Rechtslex. X. S. 735 fgg., Vering, Erbr. S. 175 fgg.

Historische Einleitung. §. 443.

Heineccius, de origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo (in opusc. Syll. exerc. XXVII. p. 970 sqq.); *Trekell,* de origine atque progressu testam. factionis praesertim ap. Rom. Lips. 1739. (Zusätze in dessen kleinen deutschen Aufsätzen, gesammelt von Haubold. Leipzig 1827. S. 101 fgg.), Schrader in Hugo's ziv. Magaz. V. No. 7. S. 152 fgg., Savigny in d. gesch. Zeitschr. I. S. 78 fgg. (verm. Schriften I. S. 127 fgg.), Dernburg, Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente. Bonn 1821, Gans, Erbrecht Bd. II. S. 37 fgg., Glück a. a. O. S. 226 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 401 fgg., Leist, Bonor. possessio I. S. 143 fgg., II. Abth. 1. S. 292 fgg., Abth. 2. S. 80 fgg., Bachofen, ausgew. Lehren des Civilr. S. 245 fgg., Vering a. a. O., Lassalle S. 103 fgg., Köppen I. S. 10 fgg. S. 54 fgg.

Dogmatische Erklärung.

V) Vom Privattestament.

Glück a. a. O. S. 284 fgg., Strippelmann, Entsch. des O. A. G. zu Kassel Bd. IV. Abth. 1. S. 239 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. III. S. 376 fgg.

1) Allgemeine Erfordernisse. §. 444.

Anm. Jedes Testament, einerlei ob schriftliches oder mündliches, setzt zweierlei voraus, daß es nämlich vor sieben tüchtigen, freiwilligen (l. 20. §. 10. h. t.), zum Testamentszeugniß besonders aufgeforderten (l. 21. §. 2. h. t.) Zeugen aufgerichtet, und daß dabei die gehörige Einheit des Orts, der Zeit und Handlung beobachtet werde. Was hier nun:

I. die Fähigkeit der Zeugen anbelangt, so läßt sich zwar wohl im Allgemeinen sagen, daß alle diejenigen unfähig sind, denen die testamenti factio abgeht, vgl. auch Ulp. XX. 7. 8. §. 6. J. h. t. und Theoph. ad h. l., l. 18. pr. h. t., Not. Ord. Tit. v. Test. §. 6. Dies darf aber doch nicht als genügendes Prinzip aufgefaßt werden, sondern es sind die einzelnen Unfähigkeitsgründe anfzuführen. Es müssen aber als unfähig angenommen werden:

1) aus natürlichen Gründen Wahnsinnige (l. 20. §. 4. h. t. §. 6. J. h. t. (denen auch hier die Verschwender gleichstehen, l. 18. h. t.), Unmündige, Taube und Stumme, §. 6. J. h. t. Daß auch die Blinden bei einem schriftlichen Testament unfähig sind, leuchtet von selbst ein, weil sie außer Stand sind, ihr Siegel und ihre Unterschrift in gehöriger Weise zu rekognosziren. Wie es sich aber bei dem mündlichen Testamente verhalte, ist ausnehmend bestritten. Früherhin war die Meinung vorherrschend, der Blinde sei auch hierbei ganz unfähig, und dies findet auch noch h. z. T. vielfach Vertheidiger, vgl. *Koch*, de conspectu testatoris ad l. 9. C. de test. Giess. 1755, Westphal, v. Testam. §. 172, v. Hartitzsch, Erbr. §. 55, Seuffert, Lehrb. III. §. 524, Mühlenbruch, Lehrb. §. 660, Puchta, Lehrb. §. 465, Mejer in Schweppe's Hdb. V. §. 815, Glück XXXIV. S. 295 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 169. Not. 4. 24, Fein, Forts. d. Glück'schen Komm. XLIV. S. 452 fgg., Arndts, Lehrb. §. 486. Anm. 4, Keller, Pand. §. 476, Lewes I. S 168 fg. Doch fand auch die entgegengesetzte Meinung schon früh Anhänger, und in neuerer Zeit scheint sie sich immer mehr zu verbreiten, vgl. Lehr im Arch. von Hagemann und Günther Th. V. No. 10, Marezoll in der Gießer Zeitschr. IV. S. 58 fgg., Hunger, Erbr. S. 102 fgg., Höpfner, Komm. §. 445, Thibaut, Syst. §. 829, Wening, Lehrb. §. 447, Schweppe, Lehrb. §. 815, Mackeldey, Lehrb. §. 640, Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 429 fgg., Heimbach a. a. O. S. 760 fgg., Bering S. 209. Not. u. A. m. Gewiß ist dieselbe auch die richtigere. Kein Gesetz schließt die Blinden aus, obwohl ihre Erwähnung namentlich in §. 6. J. h. t. so sehr nahe gelegen hätte; denn die regelmäßig dafür aufgeführte l. 9. C. h. t., wonach die Zeugen *„in conspectu testatoris“* signiren müssen, soll offenbar nicht sagen, daß die Zeugen den Testator sehen müßten, sondern umgekehrt, daß die Signatur Angesichts des Testators vor sich gehen müsse (vgl. noch bes. l. 3. §. 2. C. Th. de test. (4, 4) und über den Sprachgebrauch in conspectu oder in obtutu alicujus l. 8. C. qui test. fac. poss. (6, 22). Eben so wenig widerstreitet auch die Natur der Sache, denn wenn man besonders angeführt hat, daß ein Blinder sich nicht wohl über die Identität der Person des Testators vergewissern könne, so ist dies theils unwahr, theils unbeweisend, indem es in keinem Gesetze den Zeugen zur Pflicht gemacht ist, sich von der Personen-Identität zu überzeugen.

2) Daß nach römischem Rechte auch Peregrinen und Sklaven unfähig waren, versteht sich von selbst. Dies fällt natürlich h. z. T. weg, obwohl die Not. Ordn. Tit. v. Testam. §. 7. allerdings die Leibeignen noch immer als untaugliche Zeugen anführt.

3) Frauenzimmer §. 6. J. h. t., Not. Ordn. §. 6.

4) Die *improbi et intestabiles*, §. 6. J. h. t. Außer dem Fall der XII Tafeln („Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto". Gell. N. A. XV. 13, Dirksen, 12 Taf. Ges. S. 607 fgg.), der freilich von *Theophil.* ad §. 6. J. cit. und in der Turiner Glosse (bei Savigny nr. 152) noch als praktisch angeführt, aber im corpus juris nirgends erwähnt wird, außer diesem Falle, sage ich, gehören im Justinianischen Rechte nur hierher die Pasquillanten, l. 18. §. 1. h. t., l. 21. pr. de testib. (22, 5), l. 5. §. 9. 10. de injur. (47, 10), und allenfalls die Häretiker, l. 4. C. de haeret. (1, 5) vgl. mit l. 9. C. Th. de haeret. (16, 5) und *Auth. Frid. Credentes,* ad l. 4. cit. und Apostaten l. 4. C. de apost. (1, 7). Vgl. Marezoll, bürgerl. Ehre S. 85 fgg., *Schrader* ad §. 6. J. cit. — Außer den improbi et intestabiles waren aber auch schon nach früherem Rechte manche Andere zur Strafe vom Testamentszeugniß ausgeschlossen, wie namentlich der adulterii damnatus l. 14. de testib. (22, 5), und wenigstens nach der Angabe des Paulus auch der repetundarum damnatus, l. 15. pr. eod. In dieser letzten Beziehung war freilich Ulpian a. M., indem er daraus, daß der repetundarum damnatus nur von dem gerichtlichen Zeugniß gesetzlich ausgeschlossen war, folgerte, daß er zu dem Solennitäts-Zeugniß zugelassen sei, l. 20. §. 5. h. t. Freilich will man jetzt gewöhnlich, um eine Vereinigung zwischen Paulus und Ulpian herbeizuführen, in der letztren Stelle ein *non* einschieben, aber gegen die Handschriften, und gegen die Scholien zu den Basiliken (ad Bas. XXI. 1. fr. 14. schol. o. und p. bei Fabr. II. p. 554. 55. schol. 1. und 2. bei Heimb. II. p. 397). Vgl. über diese Antinomie Glück XXXIV. S. 324 fgg. (welcher selbst auch die Einschiebung des *non* für nöthig hält, besonders auch aus dem freilich ganz falschen Grunde, weil ohnedies Ulpian eine wahre Absurdität gesagt habe). Ausnehmend erweitert wurde aber dieses Recht durch die Vorschrift Justinian's in Nov. 90. c. 1, zu welcher, wie der Kaiser in der praef. erzählt, eine grobe von Testamentszeugen begangene Betrügerei die Veranlassung gab, und welche daher ohne Zweifel auch auf das Testamentszeugniß angewendet werden muß. Hiernach sollen nämlich nur Männer „bonae opinionis" zum Zeugniß zugezogen werden dürfen, namentlich solche, welche durch ihre Stellung oder durch guten Ruf über Verdacht erhaben sind, und seitdem müssen gewiß alle *infames* und *turpes* als unfähige Testamentszeugen angesehen werden. Vgl. auch Marezoll, bürgerl. Ehre S. 222 fgg.

5) Nach allgemeinen Regeln versteht es sich von selbst, daß weder der Testator selbst, noch dessen Hauskinder fähige Zeugen sein können, §. 9. J. h. t. Ob dann, wenn ein Filiusfamilias über sein kastrensisches Pekulium testirt, der Hausvater oder der mit dem Testator unter derselben Gewalt stehende Bruder Zeuge sein könne, war unter den römischen Juristen bestritten, denn

während Ulpian in l. 20. §. 2. h. t. auf die Auktorität des Marcellus diese Frage bejaht, wird sie von Gaius comm. II. §. 106. verneint. Justinian hat diesen Ausspruch des Gaius wörtlich in seine Institutionen aufgenommen, §. 9. J. h. t., und so ist nun ein Widerspruch zwischen Institutionen und Pandekten vorhanden, der von den meisten Juristen zu Gunsten der erstren entschieden wird, Glück XXXIV. S. 368 fgg. und die da Angeff., der sich aber doch wohl im Sinne der Kompilatoren so auflösen läßt, daß man die Pandektenstelle von dem Fall versteht, wenn der Sohn als Soldat testirt, während die Institutionen von dem anderen sprechen, wenn das Testament *post missionem* errichtet wird, vgl. auch *Schrader* ad §. 9. J. cit.

6) Endlich ist auch der eingesetzte Erbe und jede mit demselben durch väterliche Gewalt verbundene Person vom Testamentszeugniß ausgeschlossen, §. 10. J. h. t. So lange das testamentum per aes et libram bestand, durfte der *familiae emtor* und der mit diesem durch väterliche Gewalt Verbundene nicht zum Zeugen genommen werden, und dies änderte sich selbst dann nicht, als der familiae emtor nicht mehr der Erbe war, Gai. II. 105, Ulp. XX. 3. Der Erbe selbst dagegen und die mit ihm durch Potestas verbundenen Personen wurden zugelassen, Cic. pro Mil. c. 18, obgleich man sie nicht gern duldete, Gai. II. 108, und Ulpian sie geradezu ausschloß, l. 20. pr. h. t., wenn man nicht etwa in dieser Stelle eine Interpolation finden, oder mit Cujac. ad h. l. und Bynkershoek obss. VIII. 24. sie blos vom prätorischen Testamente verstehen will. Denn Justinian in §. 10. J. h. t. sagt ausdrücklich, daß erst durch seine (uns verloren gegangene) Konstitution es gesetzlich festgestellt sei, daß der Erbe und dessen Haussöhne nicht Zeugen sein könnten, weil jetzt das ganze Geschäft zwischen dem Testator und dem Erben vorgehe, wie es ehemals zwischen jenem und dem familiae emtor vor sich gegangen sei. Legatare und Fideikommissare aber, fügt er in §. 11. eod. hinzu, sollten nicht vom Zeugniß ausgeschlossen sein, „quia non sunt juris successores". Aus dieser beigefügten ratio folgerte man nun früher häufig, daß auch der Universal-Fideikommissar nicht Zeuge sein könne, weil er nach neuerem Rechte allerdings in universum jus defuncti succedire. Justinian aber nennt allgemein die Fideikommissare als fähig, ohne zwischen Singular- und Universal-Fideikommissaren zu unterscheiden, und so berechtigt uns nicht der beigefügte Grund zu jenem Unterschied, um so weniger, als dieser Grund selbst irrig ist. Denn der heres ist nicht deßhalb vom Zeugniß ausgeschlossen, weil er juris successor ist, sondern weil zwischen ihm und dem Testator das Testamentsgeschäft vor sich geht. Zwischen dem Universalfideikommissar und dem Testator ist dies aber nie der Fall, und so ist auch durchaus kein Grund vorhanden, denselben vom Zeugniß auszuschließen. Dieser richtigen Ansicht folgen auch alle Neueren, vgl. z. B. außer sämmtlichen Lehrbb. noch Löhr im ziv. Arch. II. S. 189 fgg., Glück XXXIV. S. 357 fgg.

Wenn übrigens von vielen Aeltern, denen sich auch Glück XXXIV. S. 304 fgg. angeschlossen hat, behauptet wird, daß auch nur solche Personen als Zeugen zugezogen werden könnten, die mit dem Testator persönlich bekannt seien, so ist dies in keinem Gesetze angedeutet und gewiß verwerflich, weil dabei die

schon oben berührte falsche Idee zu Grunde liegt, daß es auch zur Funktion der Testamentszeugen gehöre, sich über die Identität des Testators zu vergewissern. Vielmehr muß, wenn darüber später ein Streit entstehen sollte, derselbe in der gewöhnlichen Weise entschieden werden, vgl. auch Marezoll in Gießer Zeitschr. V. S. 65 fgg. —

Noch sind hier einige Bemerkungen hinzuzufügen:

a) Auf die Fähigkeit der Zeugen kommt es natürlich nur im Augenblicke der Testamentserrichtung an, und eine später erst eintretende Unfähigkeit schadet also nicht, l. 22. §. 1. h. t. Dieß muß auch eben so von dem mündlichen, wie dem schriftlichen Testamente gelten, und nur so viel versteht sich von selbst, daß, wenn ein solcher Zeuge später zum Beweis gebraucht werden soll, wenigstens noch die Eigenschaften eines Beweiszeugen vorhanden sein müssen.

b) Wenn ein unfähiger Zeuge irrthümlich für fähig gehalten, und zum Zeugen gebraucht worden ist, so findet sich hierüber ein Reskript von Hadrian in l. 1. C. h. t., daß das Testament zu Recht bestehen bleiben solle, wenn ein Sklave „qui omnium consensu liberorum loco fuit" als Zeuge fungirt habe, vgl. auch §. 7. J. h. t. Ob dies auch auf andre Unfähigkeitsfälle bezogen werden dürfe, kann bezweifelt werden, vgl. Glück XXXIV. S. 341 fgg. Doch nimmt man dies gewöhnlich an, vgl. l. 3. pr. ad SC. Macedon. (14, 6).

II. Das zweite gemeinschaftliche Erforderniß ist die setzt s. g. Einheit des Orts, der Zeit und der Handlung, vgl. darüber bes. Marezoll in Gießer Zeitschr. IV. No. 4. Die erstre besteht darin, daß sämmtliche rogirte Zeugen mit dem Testator an demselben Orte versammelt sind, daß sie also Alle während des ganzen Testirakts sich in unmittelbarer Nähe befinden, l. 9. 12. 21. C. h. t., l. 8. C. qui test. fac. poss. (6, 22). Not.-Ord. Tit. v. Test. §. 9. Die Einheit der Zeit und des Tags ist dann gewahrt, wenn der Testirakt in ununterbrochener Zeitfolge von Anfang bis zu Ende begonnen und vollendet wird, so daß keine Pausen dazwischen fallen, l. 21. pr. C. h. t., Not.-Ordn. l. c. §. 7. (Daß der Testirakt auch an einem und demselben Kalendertage begonnen und vollendet sein müsse, so daß ein vor Mitternacht begonnenes und nach Mitternacht vollendetes Testament nichtig sei, scheint zwar klar in den Gesetzen ausgesprochen zu sein, l. 21. pr. C. de test.: „*uno eodemque die* ac tempore", §. 2. eod.: „sed licet alio tempore dictatum scriptumque proferatur testamentum, sufficiet *uno eodemque die*, nullo actu interveniente, testes simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum", Notar.-Ordn. a. a. O. „alsdann desselben Tags und Zeit", vgl. auch *Nov. Theodos.* tit. XVI. de testameniis §. 2. 4. bei Hugo p. 1251 sq., bei Haenel p. 62, *Nov. Valent.* tit. XXI. [bei Haen. tit. XX] de testam. 2. §. 3. 4, bei Hugo p. 1324, bei Haenel p. 195, und wirklich hat sich deßhalb Marezoll a. a. O. S. 68 fgg. sehr entschieden für dieses Erforderniß ausgesprochen, und auch ich habe in früheren Auflagen dieses Lehrb. dasselbe vertheidigt, aber doch wohl ohne genügenden Grund. Jene gesetzlichen Aussprüche leiden nämlich auch die natürlichere Auslegung, daß nicht ein Testament an einem Tage angefangen, und dann die Vollendung desselben auf einen andren Tag hinausgeschoben werden dürfe, und diese Auslegung wird wesentlich unter-

stützt durch die erst durch Hänel bekannt gewordenen Schlußworte der l. 7. §. 2. C. Th. de testam. (4, 4): „ut *eodem die* quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, *nihilque ejus in diem alterum differatur*". Mit Recht haben sich daher auch die meisten Neueren gegen Marezoll erklärt und in ausführlicheren Darstellungen haben sich insbesondre dagegen ausgesprochen W. Sell in sein. Jahrbb. III. S. 3 fgg. und Fein in der Forts. des Glück'schen Komm. XLV. S. 10 fgg.). — Die *unitas actus* endlich besteht darin, daß der Testirakt, sobald er einmal begonnen, durch keine demselben fremde Handlung unterbrochen werde, §. 3. J. h. t., l. 21. §. 3. h. t.

Diese strengen Grundsätze sind jedoch später etwas modifizirt, und zwar gehört hierher:

1) eine vielbesprochene Konstitution von DiokLet. und Maxim., die l. 8. C. h. t.:

> „Casus majoris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis, quae testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas peremta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est".

Früher leitete man gewöhnlich hieraus eine besondre Art von privilegirten Testamenten ab, nämlich das s. g. testam. *pestis tempore conditum*, dessen Eigenthümlichkeit man darin setzte, daß die Zeugen nicht zusammen zu fungiren brauchten, sondern Jeder für sich und getrennt von den Andren die Siegel auflegen und unterschreiben dürfte, vgl. z. B. auch noch Mühlenbruch, Lehrb. §. 697, Komm. XLII. S. 262 fgg., Seuffert, Lehrb. §. 529, Mackeldey §. 646, v. Hartitzsch, Erbr. §. 407, Göschen, Vorles. §. 901, Arndts, Lehrb. §. 488, Ackermann im ziv. Arch. XXXII. S. 55 fgg., Tewes, Syst. S. 168. So verständig aber auch aus innern Gründen diese Ansicht erscheint, so läßt sie sich doch gewiß nicht mit den Schlußworten („non etiam *conveniendi* numeri obs. subl. est") vereinigen, und dieselbe ist daher auch mit Recht von den meisten Neuern aufgegeben. — Eine ganz andre Erklärung unsrer Stelle findet sich in der Glosse ad h. l., denn hiernach soll dieselbe nur sagen, daß, wenn ein Zeuge während des Testamentsgeschäfts epileptische Zufälle bekommt, und die Uebrigen aus Scheu davor das Zimmer eine Zeitlang verlassen, dieses der Giltigkeit des Testaments nicht schaden soll, wenn nur nachher wieder die volle Zahl zusammen komme; vgl. auch *J. Gothofred.*, de testam. temp. pest vel a testatore peste contacto condito (opp. min. p. 627 sqq.), Schweppe §. 815, Marezoll a. a. O. S. 77 fgg., Hunger, Erbr. S. 122. Auch diese Erklärung scheint mir ungenügend, denn abgesehen davon, daß „casus major" nirgends als technischer Ausdruck für morbus comitiatis oder morbus major vorkommt, so paßt auch das „novi contingentis" nicht, indem man darin doch sicher nicht eine Hindeutung auf den plötzlichen Eintritt dieses Uebels zu finden im Stande ist, und eben so wenig das „adversus timorem *contagionis*", weil bei der Epilepsie von Ansteckung keine Rede sein kann, wenn es auch vorkommen mag, daß einzelne Nervenschwache ihren Anblick nicht zu ertragen vermögen. —

Am Befriedigendsten ist meiner Ueberzeugung nach die Auffassung unseres Reskripts, die schon in den Basiliken (lib. XXXV. tit. 2. fr. 7) vorkommt. Dort wird nämlich der Sinn desselben nach der treuen Uebersetzung von Fabrot so wieder gegeben: „Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eis, ut separatim ab eo testamentum signent", wornach also hier nur eine Ausnahme von der s. g. unitas loci für den Fall angenommen ist, wenn der Testator an einer ansteckenden Krankheit darnieder liegt; *Cujac.*, obss lib. XXVI. c. 10, *Schilter*, prax. jur. Rom. exerc. 38. §. 132 sqq., Wening, Lehrb. §. 484, Puchta, Lehrb. §. 467, Mejer in Schweppe's Hdb. V. §. 815. Not. 5, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 170. Not. 14, Bachofen a. a. O. S. 277 Not. 68, Bering S. 209. Anm., Heimbach a. a. O. S. 815 fgg. u. A. m. Eingeführt war übrigens diese Ausnahme durch unser Reskript gewiß nicht, sondern alles deutet darauf hin, daß dieselbe schon vorher bei Gelegenheit des Ausbruchs einer früher unbekannten verheerenden Krankheit durch eine nicht auf uns gekommene Verordnung eingeführt war, und durch vorliegendes Reskript nur gegen Mißverständnisse und übermäßige Ausdehnungen verwahrt werden sollte. Sehr wahrscheinlich ist übrigens nach dem Verschlag Mehrerer statt oppressos zu lesen oppresso, obwohl sich zur Noth auch die erstre Lesart rechtfertigen läßt, wenn man unter den testes morbo oppressi mit *Cujac.* testes timore morbi oppressi verstehen will.

2) Eine andre allgemeinere Modification ist von Justinian in l. 28. pr. C. h. t. eingeführt; vgl. auch Not.-Ord. a. a. O. §. 7. 9. Hiernach nämlich sollen kleinere Unterbrechungen, welche durch Rücksichtnahme auf leibliche Bedürfnisse oder das leibliche Wohl in der Person des Testators oder eines der Zeugen herbeigeführt werden, unschädlich sein, und selbst das soll nicht schaden, wenn ein Zeuge wegen solcher Gründe ganz wegfallen muß. In einem solchen Falle soll ein Andrer für den Weggefallenen eintreten dürfen, der aber doch erst, ehe das Testamentsgeschäft weiter gehen kann, sich von dem Testator und den Zeugen die Versicherung geben lassen muß, daß alles bisher Geschehene gehörig in ihrer Gegenwart geschehen sei. —

Zu den beiden bisher dargestellten gemeinschaftlichen Erforbernissen ist gewissermaaßen durch die Not.-Ord. a. a. O. §. 5. noch ein drittes gekommen. Bei einem jeden, mit Zufügung von Notaren errichteten Testamente, sei es ein schriftliches oder mündliches, ist nämlich darnach nöthig, „daß alle Handlung, so zu solches Testamentes Aufrichtung ergangen und aufgeschrieben wären, vor dem Testirer und denen Zeugen, ehe denn sie von einander scheiden, vorgelesen werden".

2) Vom schriftlichen Testamente insbesondere. §. 445.

Anm. Was hier

1) die Abfassung der Testaments-Urkunde anbelangt, so mußte dieselbe vor Theodos II. und Valentinian III. nothwendig innerhalb eines Kalendertags niedergeschrieben werden, was aber durch jene Kaiser aufgehoben

wurde, so daß jetzt der Testator zur Konzeption des Testaments sich so viel Zeit nehmen kann, als er will, l. 21. pr. C. h. t., vgl. Nov. Theodos. II. de testam. (tit. XVI) §. 4, Nov. Valent. III. de testam. 2. (tit. XXI, bei Haenel tit. XX) §. 3. Auch braucht der Testator nicht in eigner Person die Urkunde zu schreiben (s. g. testam. holographum), sondern er kann sie durch jeden beliebigen Dritten [testamentarius] schreiben lassen (test. allographum), und wenn auch in dem letztren Falle nach einer besondren Verordnung Justinian's in l. 29. C. h. t. der Erblasser gehalten war, wenigstens den Namen des Erben mit eigner Hand beizufügen, so ist dies doch später wieder von ihm aufgehoben worden, Nov. 119. c. 9. Das Material, dessen sich der Erblasser bedient, ist gleichgiltig, §. 12. J. h. t., l. 15. C. eod., l. 1. pr., l. 4. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), und eben so schadet es auch dem Rechtsbestand des Testaments nicht, daß darin etwas durchstrichen oder überschrieben ist, l. 12. C. h. t.; nur ist Zeichenschrift dabei gänzlich verboten, l. 6. §. ult. de bon. poss. (37, 1).

2) Was nun aber die Solennisirung der Testaments-Urkunde anbelangt, so muß:

a) der Testator die Urkunde den Zeugen vorlegen, dieselbe ausdrücklich als seinen letzten Willen anerkennen, und eigenhändig unterschreiben, von welcher letztren Verbindlichkeit er nur dann befreit wird, wenn er das ganze Testament eigenhändig geschrieben und dieses ausdrücklich bemerkt hat, l. 21. pr., l. 28. C. h. t. Kann der Testator überhaupt nicht, oder doch wenigstens nicht zur Zeit der Testaments-Errichtung schreiben („quodsi testator literas ignoret, vel subscribere nequeat“), so soll ein achter Subskriptor statt seiner zugezogen werden, l. 21. pr. C. h. t. Wenn dieses Manche auch auf den Fall des Nichtwollens beziehen, weil es in der Not.-Ord. a. a. O. §. 7. heiße: „wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht“, so ist dies gewiß irrig; denn es ist bekannt genug, daß das Mögen in der alten Sprache, und namentlich nach dem Sprachgebrauch der Not.-Ord. regelmäßig die Bedeutung von „vermögen“, also „können“ hat, so daß also mit jenen Worten durchaus nur eine Uebersetzung der l. 21. cit. beabsichtigt ist, Gesterding, Nachforsch. I. S. 342 fgg., Sell, Versuche I. S. 218 fgg. Mit Recht macht übrigens noch Konopak, Institut. des röm. Privatr. §. 344. Not. 1. die früher gewöhnlich übersehene Bemerkung, daß die Gesetze nicht einen octavus *testis*, sondern nur einen octavus *subscriptor* verlangen, l. 21. cit., l. 28. §. 1. eod., was in Beziehung auf die nöthigen Eigenschaften dieses Achten von Einfluß ist, nicht aber auch, wie Konopak will, auf den unus contextus actus, denn daß dieser Achte in Gegenwart der Zeugen unterschreiben muß, darf nach l. 21. cit. nicht bezweifelt werden. Ueber die andre hier einschlagende Frage, ob der Achte seinen oder des Testators Namen unterzeichnen müsse, schweigen die Gesetze. Das Erstre nimmt z. B. *Carpzov* p. II. dec. 147, das Zweite Gesterding a. a. O. an, während das Natürlichste offenbar ist, Beides zu thun („im Namen und Auftrag des Testator Titius“ und darunter der Name des Subskriptor), und dafür spricht denn auch gar sehr die Ausdrucksweise der Not.-Ord. §. 7: „— — durch eines andren achten Zeugen Hand in seinen Namen und auf sein Begehren“; vgl. auch Sell S. 222 fgg.

b) Hierzu muß dann die Signatur und Skriptur sämmtlicher Zeugen kommen. Die Testamente der Alten wurden jedoch nicht, wie es bei uns h. z. T. gewöhnlich ist, von den Zeugen unter-, sondern vielmehr zugesiegelt, und da nun der Eröffnung der letzten Willen eine Anerkennung der Siegel von Seiten der Zeugen vorausgehen mußte, *Paul.* rec. sent. IV. 6. §. 1, so verstand es sich ganz von selbst, daß neben dem Siegel, also auf der Außenseite des Testaments, der Zeuge seinen Namen angeben mußte. Diese *super*scriptio wird denn auch geradezu in l. 22. §. 4. und l. 30. h. t. gefordert, denn von der Unterschreibung, von welcher man früher allgemein diese Stellen verstand, können dieselben deßhalb nicht reden, weil nach der letztren der Zeuge angeben soll, wessen Testament er besiegelt habe, da doch die Versiegelung der Unterschrift erst folgte, und ferner deßhalb nicht, weil nach der ausdrücklichen Angabe Justinian's das Unterschreiben der Zeugen erst ein Produkt des spätren kaiserlichen Rechts ist, §. 3, J. h. t., und wahrscheinlich wurde dasselbe erst durch Theodos II. eingeführt Nov. Theod. tit. 9. §. 5. (bei Hugo lib. 1. tit. 16. p. 1252), l. 21. pr. C. h. t. Daß späterhin die superscriptio gar nicht mehr erwähnt, sondern immer nur Unterschrift und Versiegelung genannt werden, erklärt sich leicht daraus, weil man jene als sich durchaus von selbst verstehend und als einen integrirenden Bestandtheil der Versiegelung ansah. Hiernach möchte soviel gewiß sein, daß nach röm. Rechte die superscriptio und die subscriptio nöthig sind, und vollkommen bestätigt wird dies durch zwei interessante Testaments-Urkunden aus dem 6. Jahrhundert, welche zuerst von dem Abbate Marini (i papiri diplomatici. Rom. 1805. no. 74. u. 75) mitgetheilt sind, und den Schlüssel zum Verständniß des röm. Rechts hergaben, vgl. bes. v. Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. II. S. 182 fgg., Spangenberg im ziv. Arch. V. No. 5. (wo auch die beiden Urkunden abgedruckt sind; vgl. auch desselben juris Rom. tab. negotior. solenn. no. 14. u. 18), Huschke in der gesch. Zeitschr. XII. S. 201 fgg. Wenn dennoch Manche auch noch h. z. T. nach römischem Rechte die zweifache Skriptur der Zeugen für überflüssig halten, vgl. bes. v. Löhr im ziv. Arch. VI. No. 16, Guyet, Abhh. aus d. Gebiet des Zivilr. No. 3, und Glück XXXIV. S. 442 fgg., so ist dies nach dem bisher Bemerkten gewiß irrig, obwohl man für unser heutiges Recht unbedenklich dieser Ansicht beistimmen muß. Es hat sich nämlich nach einer festgewurzelten modernen Rechtsansicht der Gebrauch des Siegels völlig verändert, indem dasselbe nur zur Beglaubigung der Namens-Unterschrift, nicht mehr als Verschlußmittel angewendet wird, und damit muß dann von selbst eine Kumulation der sub- und superscriptio als gänzlich zwecklos und unpassend erscheinen; vgl. auch Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 72 fgg. Das richtigere Verständniß des röm. Rechts kann auch dieses Gewohnheitsrecht um so weniger schwankend machen, als dasselbe noch in der Notar-Ordn. eine bedeutende Stütze findet, denn dort, wo doch die Form des schriftlichen Testaments sehr genau angegeben wird, ist blos die Unterschrift und Siegelung der Zeugen als nothwendig aufgeführt, v. Löhr a. a. O. S. 339 fgg. Hiernach muß denn h. z. T. ohne Zweifel der Ort, wo die Siegel und die einmalige Namens-Unterschrift der Zeugen angebracht werden, als völlig irrelevant erscheinen, und namentlich kann dies gewiß

auch auf dem Umschlage geschehen, vorausgesetzt nur, daß das Kouvert entweder durch die Zeugensiegel selbst verschlossen, oder daß dasselbe schon versiegelt den Zeugen vorgelegt wird, vgl. *G. L. Böhmer*, de testam. signato et subscripto a testib. in involucro (in Elect. jur. civil. exerc. 3), wo auch namentlich §. 25 fgg. die abweichende Meinung von *Ludovici*, de involucro, vom Kouvert oder Umschlag bei Testamenten oder andern Briefschaften. Halle 1713. näher erwogen wird; s. auch Glück XXXIV. S. 454 fgg. — Uebrigens muß die Siegelung zwar wohl mit einem zum Siegeln bestimmten Instrumente (bei den Römern mit einem Siegelring) geschehen, ohne daß aber jeder einzelne Zeuge sein besondres Petschaft haben müßte, indem namentlich auch das Petschaft des Testators selbst gebraucht werden darf, §. 5. J. h. t., l. 22. §. 2. 5. h. t. Hieran ist auch gewiß durch die Not.=Ordn. a. a. O. §. 1. 7. 10. nichts geändert worden, denn die abweichende Buchstaben=Erklärung von Sell a. a. O. S. 225 fgg., wornach nothwendig das Signet eines Zeugen gebraucht werden müßte, ist gewiß verwerflich. —

Für den Fall, wenn der Testator nicht lesen kann, wird noch häufig als nothwendige Form des schriftlichen Testaments angenommen, daß dasselbe nochmals vor den Zeugen vorgelesen werden müsse, indem dies nicht nur die Natur der Sache, sondern insbesondere auch die Analogie des Testaments eines Blinden erfordere, vgl. bes. *J. H. Böhmer*, exercitt. ad Pandd. IV. 75. So wenig nun auch die Zweckmäßigkeit einer solchen nochmaligen Vorlesung bestritten werden kann, so darf dieselbe doch gewiß nicht nach gemeinem Rechte als nothwendig angesehen werden, denn kein Gesetz schreibt sie vor, und die Analogie des Blinden paßt nicht, weil dieser viel hilfloser und bei Weitem weniger im Stande ist, Unterschleif zu verhüten, als ein sehender Illiteratus; vgl. auch Thibaut im civ. Arch. VI. 12, Glück XXXIV. S. 47 fgg.

3) Vom mündlichen Testamente insbesondere. §. 446.

B) Vom öffentlichen Testamente. §. 447.

Honor. et *Theodos.* l. 19. C. h. t.: Omnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cujuscunque judicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium; ita nec de ejus unquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto jure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates enim hominum audire volumus, non jubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum, quod per

supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra judicium suum defunctus postea venisse detegatur. Ne quid sane praetermisisse credamur, hujusmodi institutionis successoribus designatis omnia, quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare, et stabile sciat esse, quod fecerit. Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt.

Anm. Ueber das testam. publicum vgl. bes. v. Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. S. 82 fgg.. Spangenberg im ziv. Arch. V. S. 159 fgg., Glück XXXIV. S. 154 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. II. S. 36 fgg., testam. Erbr. I. S. 446 fgg., Flach, Entscheid. des O. A. G. zu Wiesbaden II. S. 154 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 168, Heimbach a. a. O. S. 735 fgg., Tewes, Syst. §. 27. — und insbesondere über die gewiß zu verneinende Frage, ob der letzte Wille auch durch einen Stellvertreter dem Gerichte übergeben werden dürfe, vgl. Glück S. 191 fgg., Guyet im ziv. Arch. XIII. No. 14, Mühlenbruch im Komm. XXXXIII. S. 305 fgg., Heimbach a. a. O. S. 743 fgg. Ueber unitas actus bei gerichtlichen Testamenten s. Franck im prakt. Arch. VI. S. 387 fgg.

C) Von gegenseitigen Testamenten. §. 448.

Hasse im Rhein. Mus. III. S. 239 fgg. S. 490 fgg., Glück XXXV. S. 50 fgg., Mühlenbruch XXXVIII. S. 214 fgg., *Deiters*, de dispositionibus hereditariis simultaneis pacticiisque quaestiones III. Bon. 1837, Beseler, Erbverträge Bd. II. Abth. 1. S. 325 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I, S. 449 fgg., Bolley, Beitr. zu den korrespektiven Testamenten der Eheleute. Stuttg. 1846, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 178, Strippelmann, Entsch. des O. A. G. zu Kassel II. S. 92 fgg. und bes. VI. S. 480 fgg., Zimmermann im prakt. Arch. I. H. 3. S. 12 fgg., Heimbach a. a. O. S. 889 fgg., Hartmann, zur Lehre von d. Erbvertrag und den gemeinschaftl. Testam. Braunschweig 1860; vgl. auch Seuffert's Arch. I. Nr. 93. 94, II. Nr. 72. 204. III. Nr. 81, IV. Nr. 63. 64, VI. Nr. 221, VII. Nr. 200. 334, VIII. Nr. 150, IX. Nr. 180, XI. Nr. 57, XII. Nr. 172, XIV. Nr. 103, XV. Nr. 140.

II. Von dem wesentlichen Inhalte der Testamente.

A) Von der Erbeinsetzung. §. 449.

Inst. II. 14, Dig. XXVIII. 5, Cod. VI. 24. de heredibus instituendis. — **Mühlenbruch**, Komm. XL. S. 109 fg., **Arndts** im Rechtsl. III. S. 918 fgg., **Sintenis**, prakt. Zivilr. III. §. 172, **Tewes**, Syst. §. 41 fg.

Anm. 1. Ob der in conditione positus auch in dispositione sei oder nicht, ist eine von ältern wie neuern Juristen sehr verschieden beantwortete Frage. Die Aeltern supponirten bei ihren Erörterungen gewöhnlich den Fall, wenn Titius zum Erben eingesetzt, und ihm aufgelegt sei, wenn er ohne Kinder versterbe, die Erbschaft an den Sejus herauszugeben, wobei denn die Frage entstand, ob hier die Kinder des Titius ebenfalls als Fideikommissare angesehen werden könnten oder nicht. Vgl. z. B. *Mantica*, de conjectur. ultim. volunt. lib. II. c. 2, welcher die Frage bejaht, und *A. Faber*, de error. Pragmat. dec. 26. no. 1—6, welcher dieselbe verneint. Die neuern Juristen denken dagegen gewöhnlich an Fälle folgender Art: „wenn Titius mein Erbe nicht wird, so soll Sejus mein Erbe sein", oder „wenn mein Sohn Titius bei meinen Lebzeiten versterben sollte, so soll Sejus mein Erbe sein", und zwar scheint sich die herrschende Theorie dahin auszusprechen, daß der Titius in solchen Fällen nicht als eingesetzter Erbe anzusehen sei, vgl. z. B. **Schweppe** §. 809. a. E., **Wening** §. 455, **Mühlenbruch**, Lehrb. §. 666, Komm. XL. S. 234 fgg, **Puchta**, Lehrb. §. 473. und Vorles. ad h. l., **Mayer**, Erbr. I. §. 19. Not. 3, **Arndts** im Rechtsler. III. S. 918, **Sintenis** III. §. 172. Anm. 4. Nach dem Recht zur Zeit der Pandekten-Juristen kann es auch gar nicht zweifelhaft sein, daß Fälle der letzten Art ganz im Sinn der neueren Juristen entschieden werden mußten, weil ja jede Erbeinsetzung bestimmte Wortformeln forderte, die hier nicht angewendet waren, und so finden wir denn auch die Sache, wenigstens beiläufig, dargestellt in l. 19. h. t. und in l. 16. de vulg. et pup. subst. (28, 6), und auch l. 85. h. t. ist nicht dagegen, indem in dem dort vorgetragenen Falle die blos in der Bedingung vorkommenden Kinder des im ersten Grade instituirten Bruders zwar allerdings den beiden zu Substituten ernannten Sklaven vorgehen, aber gewiß nicht als Testaments-, sondern als Intestaterben des Testators, wie schon die Glosse zu dieser Stelle richtig annimmt. Obwohl nun also nach Pandektenrecht der Satz: positi in conditione non sunt in dispositione gewiß richtig ist, und der blos in einer Bedingung Erwähnte nicht als eingesetzter Erbe angesehen werden durfte, so kann dies doch h. z. T. sicher nicht mehr in dieser Schärfe angenommen werden, da in l. 15. C. de testam. (6, 23) ganz allgemein verordnet ist, daß es bei der Erbeinsetzung durchaus auf keine Form mehr ankommen solle, sondern dieselbe in jeder beliebigen Weise geschehen könne („— — quibuslibet confecta sententiis vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, *si modo per eum liquebit voluntatis*

intentio[e]). H. z. T. ist es also gewiß nur eine faktische, aus den Umständen des einzelnen Falls zu beantwortende Frage, ob man in einer solchen Disposition eine Erbeinsetzung annehmen dürfe oder nicht; eine Frage, die eben so oft zu bejahen, als zu verneinen sein wird, vgl. auch *J. H. Böhmer*, de verb. directis et obliquis §. 16. 17. (in exercitt. ad pandd. I. exerc. 4), Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 293 fgg. — Daß übrigens dasselbe, was hier von Erbeinsetzungen bemerkt wurde, auch von Legaten, und zwar sowohl für die frühere als spätere Zeit, gilt, versteht sich von selbst, da die Gründe ganz dieselben sind. Keineswegs aber kann das, was Jemanden conditionis implendae causa gegeben werden soll, als Legat angesehen werden, weder für die frühere Zeit (vgl l. 8. si quis omissa causa test., l. 19. §. 1, l. 24. §. 1. quando dies legator. vel fideic. ced.), noch auch h. z. T., denn wenn z. B. der Erblasser sagte: Sejus soll mein Erbe sein, wenn er dem Titius 100 giebt, so ist es augenscheinlich nicht die direkte Absicht desselben, dem Titius etwas zuzuwenden, sondern er stellt dies in den Willen des Sejus, und deßhalb muß natürlich auch noch jetzt mit den römischen Juristen gesagt werden, daß, wenn Sejus als Intestaterbe antrete, Titius nichts erhalte, und daß, wenn Titius vorher sterbe, seine Erben nichts fordern können, legg. cit. Wenn diese Entscheidungen auch bei den Erörterungen über die in conditione positi in Betracht gezogen, und daraus Argumente gegen unsre Ansicht entlehnt werden (vgl. z. B. *Faber* l. c. und Wening §. 455. Not. c. a. E), so ist dies ganz ungehörig.

Anm. 2. In den Gesetzen werden nicht selten Fälle erwähnt, in denen Jemand zum Erben auf einzelne Vermögensstücke — seien es Sachen oder Summen — eingesetzt ist (*heres ex re certa institutus*), und es fragt sich, welche Grundsätze hierbei zur Anwendung kommen; vgl. *Leyser*, de herede in re certa instituto. Vitemb. 1809. (auch in sein. meditt. ad Pand. spec. 361), *Volkmann* (praes. *Einert*) de herede e re certa scripto. Lips. 1827, Mühlenbruch, Komm. XL. S. 165 fgg., Löhr in Gieß. Zeitschr. XIX. S. 73 fgg., Strippelmann, Entscheid. des O. A. G. zu Kassel. Bd. IV. S. 135 fgg. und vor Allen Neuner, die heredis institutio ex re certa. Gieß. 1853.

So viel kann von vornherein nicht verkannt werden, daß eine derartige Erbeinsetzung unter allen Umständen eine vitiöse ist, da die Beschränkung auf einzelne bestimmte Vermögens-Objekte mit dem wesentlichen Begriffe eines Erben als eines successor in universum jus schlechthin unverträglich ist, und man hatte also nur die Wahl, entweder die ganze Disposition, als sich selbst widersprechend, für nichtig zu erklären, oder, wenn sie konservirt werden sollte, den vitiösen Zusatz — die Beschränkung auf die res certa — für nicht zugefügt anzusehen, und also eine Erbeinsetzung sine parte anzunehmen. Der bekannte favor testamentorum führte hier, wie in andren Fällen (z. B. cond. impossibilis, condit. resol., dies certus) zu dem letztren Verfahren, und es muß daher für alle Fälle der heredis institutio ex re certa der leitende Grundsatz aufgestellt werden, daß der so Eingesetzte immer *detracta rei certae mentione* als *heres sine parte institutus* angesehen werden muß, l. 1. §. 4. h. t.: „Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio *detracta fundi*

mentione", l. 9. §. 13. eod. („ut *detracta fundi mentione* quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur"), l. 29. ad SC. Treb. 36, 1. („perinde ac si rerum mentio facta non esset"), vgl. auch l. 10. h. t., l. 41. §. 8. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 1. C. Greg. de fam. ercisc. (3, 6). Damit ist aber keineswegs gesagt, daß die Erwähnung der res certa von Seiten des Erblassers gar keine Wirkungen hervorbringen könne, sondern jene detractio heißt nur soviel, daß die res certa nie als die Erbportion des Eingesetzten angesehen werden dürfe. Damit ist es aber sehr wohl vereinbar, daß man darneben doch in andrer Weise, so weit dies rechtlich möglich war, den in einer solchen Disposition sich aussprechenden Willen des Erblassers, daß der Eingesetzte auf die res certa beschränkt sein solle, zu verwirklichen suchte, und ein geeignetes Mittel dazu bot sich von selbst, nach vollständiger Entwicklung der Fideikommiß-Theorie, in der Annahme stillschweigender Universal- und resp. Singular-Fideikommisse. Um zu erkennen, in welchem Umfange die Römer sich dieses Hülfsmittels bedient haben, müssen folgende drei Hauptfälle unterschieden werden.

I. Es ist nur ein einziger Erbe, und dieser zwar auf eine *res certa* eingesetzt. Hier versteht es sich in Gemäßheit des vorher angedeuteten Prinzips von selbst, daß der Eingesetzte immer *heres ex asse* ist, l. 1. §. 4. h. t., l. 41. §. 8. de vulg. et pup. subst. (28, 6). Keineswegs aber folgt daraus, daß der so Eingesetzte auch wirklich immer die ganze Erbschaft behalten darf. Wenn nämlich die Disposition so beschaffen ist, daß aus ihr nicht nur hervorgeht, daß der Erblasser den so Eingesetzten wirklich auf die einzelne bei der Erbeinsetzung genannte Sache beschränken will, sondern auch außerdem, zu wessen Gunsten diese Beschränkung eintreten soll, so ist in einer solchen institutio ex re certa zugleich ein stillschweigendes Universal-Fideikommiß enthalten, und namentlich kommt dies z. B. vor, wenn der Erblasser in einem zweiten Testamente einen heres ex re certa eingesetzt, und dabei ausdrücklich das früher errichtete Testament bestätigt hat. Auch in diesem Falle wird der heres ex re certa unzweifelhaft heres ex asse, aber er ist zugleich verpflichtet, „ut *contentus rebus sibi datis*, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, *hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant*", l. 29. ad SC. Trebell. (36, 1), §. 3. J. quib. mod. test. infirm. (2, 17), und es gestaltet sich also der Fall nun ganz eben so, wie wenn einem eingesetzten heres ex asse aufgelegt ist, die ganze Erbschaft *deducta* oder *praecepta certa re* an einen bestimmten Dritten zu restituiren, l. 69. pr. de legat. II, d. h. er restituirt die ganze Erbschaft als Universal-Fideikommiß, und bekommt dann von dem Universal-Fideikommissar die vorbehaltene Sache als Singular-Fideikommiß zurück (vgl. unten §. 536. Anm.). Hervorzuheben ist hierbei nur, daß man sich hiernach nicht etwa für berechtigt halten darf, in der Einsetzung eines solus heres ex re certa schon immer ohne Weiteres ein stillschweigendes Universal-Fideikommiß zu Gunsten der Intestaterben finden zu wollen, denn immer wird, um die Annahme eines solchen stillschweigenden Fideikommisses zu rechtfertigen, vorausgesetzt, daß in der letztwilligen Disposition selbst spezielle Momente enthalten sind, aus denen mit Sicherheit die Person des Fideikommissars — sei

dies nun der Intestaterbe oder ein Dritter — erkannt werden kann. Fehlt es an solchen speziellen Momenten, so behält der eingesetzte Erbe immer die ganze Erbschaft, und die Zufügung einer certa res erscheint dann als ganz bedeutungslos. Vgl. überhaupt Neuner a. a. O. S. 22 fgg.

II. Es sind zwar mehrere Erben, aber diese sämmtlich auf *res certae* eingesetzt. Auch hier gilt unzweifelhaft der Grundsatz, daß die mehreren Erben detracta rei certae mentione als heredes sine partibus scripti angesehen, und also sämmtlich — wenn nicht eine conjunctio eine Modification herbeiführt, l. 11. h. t. — zu gleichen Theilen zur Erbschaft gerufen werden, l. 9. §. 13, l. 10. [wo Statt der gewiß korrumpirten Lesart der Florent. „sed diversitate pretium" am Wahrscheinlichsten zu lesen ist „ex diversitate praediorum"; vgl. über die verschiedenen Vorschläge Neuner a. a. O. S. 135 fg.] l. 35. pr. §. 2, l. 78. pr. h. t. Was aber den in der Zuweisung der res certae sich aussprechenden Willen des Erblassers anbelangt, so wird derselbe hier in der Weise realisirt, daß diese einzelnen Vermögens-Objekte als Prälegate — oder richtiger als Präfideikommisse — aufgefaßt werden, l. 35. §. 1. h. t. (*„fundos etenim vice praeceptionis accipiendos"*), l. 78. pr. eod., l. 17. pr. de test. milit. (29, 1). Eine Beschränkung der Erben auf die zugewiesenen res certae findet also hier nur dann Statt, wenn dieselben gerade die Erbschaft erschöpfen (wie in dem Fall der l. 35. pr. h. t., weßhalb hierfür Ulpian mit Recht sagt: *„nihil amplius* eum, qui ex re institutus est, quam rem ex qua heres scriptus est, consequi"), oder wenn die Disposition so beschaffen ist, daß aus derselben mit Sicherheit hervorgeht, daß und zu wessen Gunsten eine solche Beschränkung von dem Erblasser beabsichtigt worden ist; denn wenn dies der Fall ist, so muß hier natürlich gerade so, wie in dem Falle bei I., dieser Wille des Erblassers durch die Annahme stillschweigender Universal-Fideikommisse verwirklicht werden. Setzen wir also z. B. der Erblasser hat in einem zweiten Testamente den A. auf sein Haus, den B. auf 1000 Fl. zu Erben eingesetzt, und dabei das erste Testament, in welchem er den X. zum heres ex asse instituirt hatte, ausdrücklich bestätigt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß zwar A. und B. die einzigen Erben sind, und zwar Beide zu gleichen Theilen, daß aber Jeder von ihnen seine Hälfte an den X. als Universal-Fideikommiß zu restituiren hat, und also dem Effekte nach auf die prälegirte res certa beschränkt wird. arg. l. 29. ad SC. Trebell., vgl. auch Basil. XXXV. 11, fr. 29 (wo das Reskript von Severus und Antoninus geradezu auf den Fall bezogen wird, wenn mehrere Erben in dem zweiten Testamente auf res certae eingesetzt sind). — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die hier angedeuteten Grundsätze blos in dem Falle gelten, wenn wahre institutiones ex *rebus* certis vorliegen. Wenn dagegen die Zufügung der res certae nach dem erwiesenen Willen des Erblassers nur die Bedeutung hat, daß dadurch das Größen-Verhältniß der mehreren Erbportionen zu einander bestimmt werden soll, was namentlich dann möglich ist, wenn die mehreren Erben auf quote Theile einer und derselben Sache (vgl. l. 9. §. 13. fin. h. t.), oder wenn sie sämmtlich auf Geldsummen eingesetzt sind; so sind ja hier in der That heredes ex *partibus* certis vorhanden, und es können also dafür natürlich auch nur die allgemeinen Grund-

sätze über normale Erbeinsetzungen zur Anwendung kommen. Vgl überhaupt Neuner a a. O. S. 124 fgg.

III. Neben andern Erben, welche *sine parte* oder *ex certa parte* eingesetzt sind, ist auch ein *heres ex certa re* instituirt. Wie dieser Fall zu beurtheilen sei, ist ausnehmend bestritten. Die große Mehrzahl der älteren und neueren Juristen geht von der Ansicht aus, daß in diesem Konkurrenzfalle der heres ex re certa in allen Beziehungen als bloser Legatar angesehen werden müsse, vgl. z. B. *Gloss.* ad l. 35. pr. de hered. inst., ad l. 29. ad SC. Treb., ad l. 13. C. de her. inst., *Donell.* comm. jur. civ. lib. VI. c. 18. §. 18 sqq., *A. Faber* Error. Pragm. dec. 14 err. 6. dec. 15. err. 5—8, *Giphan.* explan. leg. diff. Cod. ad l. 13. C. de her. inst., *Averan.* interpret. jur. lib. IV. c. 11. nr. 4 sqq., *Galvan.* de usufr. c. 13, Arndts im Rechtslex. III. S. 923 fgg., Löhr und Strippelmann a. d. aa. OO, und die Mehrzahl der Lehrbb. z. B. Thibaut §. 830, Wening §. 426 a. E., Göschen §. 835, Seuffert §. 593 a. E. u. A. m. Andere wollen dagegen umgekehrt den heres ex re certa als wahren Erben ansehen, nur mit der Modifikation, daß, so lange die Konkurrenz mit andern Erben dauert, die ihm zugewiesene res certa seine ganze Erbportion bilde, eine Ansicht, die mit Nothwendigkeit zu den weitern Konsequenzen führt, daß die Rechtsmittel eines solchen heres nur die hereditatis petitio und die actio fam. herc. seien, daß ihm keine Falzidische Quart abgezogen werden dürfe, während er selbst zu einem Abzug derselben berechtigt sei u. dgl. m., vgl. Hennemann, Untersf. zweier Rechtsfragen u. s. w. Schwerin 1790. Nr. 1, Volkmar cit., Mejer in Schweppe's Hdb, §. 810. Not. 7, Francke, d. R. d. Notherben S. 338 fgg., Mühlenbruch, Komm. XXXVI. S. 353. Not. 93, Sintenis, pr. Zivilr. III. S. 417. Not. 21. (diese Ansicht wurde auch in den früheren Ausgaben dieses Lehrb. vertheidigt), Wieder Andre endlich sehen in dem heres ex re certa einen Erben und Legatar zugleich. Abgesehen von der Meinung von *Bartol.* ad l. 35. de hered. inst. und l. 13. C. eod., welcher darin eine nova tertia species, einen „heres singularis" finden will, vgl. auch Elvers, neue Themis I. S. 325 fgg. gehören hierher besonders *Leyser* a. a. O. u. Mühlenbruch XL. S. 169 fgg. Der Erstre stellt die Regel auf, daß der heres ex re certa zwar in dem Verhältniß zu den Miterben als Legatar, in allen übrigen Rücksichten aber als Erbe zu behandeln sei, woraus er dann namentlich ableitet, daß er die hereditas petitio gegen Dritte gebrauchen, und sich die quarta Falcidia abziehen dürfe, daß er, wenn die coheredes wegfielen, auf Anwachsungsrecht Anspruch habe, und daß den Vorschriften des Notherbenrechts durch eine derartige Einsetzung genügt sei, woraus aber auf der andern Seite hervorgehe, daß ein solcher Erbe sich auch den Abzug der Quart gefallen lassen müsse, daß er gegen den coheres die gewöhnlichen Klagen eines Legatars gebrauche, und daß er, auch ohne angetreten zu haben, die ihm zugetheilten Sachen auf seine Erben transmittire. Mühlenbruch a. a. O (welcher hier seine früher vertheidigte Meinung geändert hat) geht davon aus, daß der heres ex re certa in ähnlicher Weise, wie ein Prälegatar zugleich Erbe und Vermächtnißnehmer sei, und wenn er gleich die ihm zugewiesenen Sachen als Singular-Successor erhalte, so nehme er doch als

Erbe an dem judic. fam. herc. Theil, genau so, wie auch der Prälegatar sein Recht auf das Vermächtniß durch die actio fam. herc. geltend machen könne; daraus ergäben sich dann von selbst die Folgesätze, daß ein solcher Erbe zum Zweck der Transmission keiner Erbschaftsantretung bedürfe, und überhaupt zum Erwerbe des Rechts nichts Anderes erforderlich sei, als zu dem eines Legats, daß er nicht für die Schulden des Erblassers hafte, daß er sich den Abzug der Falzidischen Quart gefallen lassen müsse, daß er dieselbe selbst nicht abziehen dürfe, und endlich, daß er die ihm hinterlassene Sache von Dritten nicht mit der heredit. petitio einklagen könne, so wie denn auch natürlich das Anwachsungsrecht ihm erst dann zu Statten komme, wenn sämmtliche Miterben weggefallen seien.

Von allen diesen sich durchkreuzenden Meinungen, von denen keine einzige wahre Befriedigung gewähren kann, weil eine zivilistische Konstruction derselben unmöglich ist, und sie sämmtlich nur als mehr oder weniger anomale Nothbehelfe erscheinen, unterscheidet sich wesentlich die Ansicht, welche jetzt Neuner a. a. O. S. 341 fgg. aufgestellt, und in so überzeugender Weise entwickelt hat, daß voraussichtlich dieselbe in Kurzem die allgemein angenommene sein wird, und somit eine berühmte Kontroverse ihre befriedigende Lösung gefunden haben dürfte. Es kommen hierbei folgende Hauptpunkte in Betracht:

1) Auch in dem hier zu behandelnden Falle liegt eine vitiöse Erbeinsetzung vor, welche dadurch konservirt wird, daß der so Eingesetzte detracta rei certae mentione als heres sine parte scriptus aufgefaßt wird. Daß nämlich eine solche Disposition gerade als Erbeinsetzung konservirt wird, geht nicht nur aus der Analogie der bei I. und II. dargestellten Fälle, deren Entscheidung offenbar ein allgemeiner Gedanke zu Grunde liegt, und aus den allgemeinen Aeußerungen Ulpian's in l. 35. pr. h. t. („dicebam receptum esse, rerum *heredem* institui posse") und Scävola's in l. 19. de lib. et post. („aliam causam esse *institutionis*, quae benigne acciperetur") hervor, sondern insbesondere auch noch aus dem Gordianischen Reskripte in l. 1. C. Greg. de fam. herc., und aus den Vorschriften Justinian's in Nov. 107. c. 1. und Nov. 115. c. 5. Daß aber diese Konservirung als Erbeinsetzung dadurch geschieht, daß der Eingesetzte *detracta rei certae mentione* als *heres sine parte scriptus* aufzufassen ist, folgt nicht nur aus der Analogie der vorher bei I. und II. behandelten Fälle, und vorzüglich daraus, weil eine andere Art der Konservirung als Erbeinsetzung zivilistisch unmöglich ist, sondern es wird dies auch noch ganz besonders in dem Gordianischen Reskripte in l. 1. C. Greg. cit. hervorgehoben („ac si sine ejus rei commemoratione heres institutus fuisset"); denn daß dieses Reskript gerade einen Fall der Konkurrenz eines heres ex re certa scriptus mit gehörig eingesetzten Erben vor Augen hat, scheint mir die weit überwiegenden innern und äußern Gründe für sich zu haben. Muß man nun hiernach auch in einem solchen Konkurrenzfalle den heres ex re certa als einen heres sine parte scriptus ansehen, so versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß derselbe nach Verschiedenheit der Fälle bald zu einer gleich großen Quote gerufen ist, wie die übrigen Erben — wenn diese nämlich sine partibus eingesetzt sind —, bald zu dem natürlichen oder künstlich geschaffnen [ex asse fit depondium] Reste, den die ex certis partibus Eingesetzten übrig lassen, —

Mit dieser ersten Operation — Konservirung der Disposition als Erbeinsetzung — ist aber augenscheinlich der Wille des Erblassers nur erst zur Hälfte realisirt, denn indem derselbe Jemanden neben andren sine partibus oder ex certis partibus Instituirten auf eine res certa zum Erben einsetzt, spricht er unzweideutig seinen Willen aus, daß der so Eingesetzte auch nichts weiter als die res certa haben, daß er auf diese res certa zu Gunsten der in gehöriger Weise eingesetzten Miterben beschränkt sein soll; und um diesen anderweiten Willen des Erblassers zu verwirklichen, konnte in unsrem Falle, eben so wie in den Fällen bei I. und II. zivilistisch kein anderes Mittel angewendet werden, als die Herbeiziehung der Fideikommiß-Theorie. Hiernach fand man in der Einsetzung auf eine res certa ein stillschweigendes Universal-Fideikommiß zu Gunsten der sine partibus oder ex certis partibus instituirten Miterben, und ein stillschweigendes Singular-Fideikommiß der res certa für den auf dieselbe Eingesetzten; d. h. der heres ex re certa muß seine Erbportion als Universal-Fideikommiß an seine Miterben restituiren, und empfängt von ihnen dagegen die res certa als Singular-Fideikommiß zurück. Sollte die Erben-Qualität des heres ex re certa wirklich aufrecht erhalten werden, so war dieses Heranziehen der Fideikommiß-Theorie, wie gesagt, das zivilistisch einzig mögliche Mittel, um die Beschränkung des Eingesetzten auf die res certa durchzuführen, und schon deßhalb müßten wir, wenn auch gar keine speciellen Quellen-Zeugnisse vorlägen, dieser Konstruktion vor jeder andern den Vorzug geben. Dazu kommt aber noch, daß dieselbe, wie wir schon oben sahen, mit dürren Worten für den bei I. dargestellten Fall in den Gesetzen ausgesprochen ist, l. 29. ad SC. Trebell., §. 3. J. quib. med. test. infirm., und dieselbe also um so gewisser auch in unsrem Falle zur Anwendung kommen muß, denn da hier immer aus der Disposition selbst ganz unzweideutig hervorgeht, zu wessen Gunsten jene Beschränkung auf eine res certa eintreten soll, so liegt hier augenscheinlich die Annahme eines stillschweigenden Univ.-Fideikommisses noch viel näher, als in jenem ersten Falle. Jeder denkbare Zweifel an der Realität dieser Konstruktion wird aber vollständig beseitigt durch den klaren Ausspruch Papinian's in l. 69. pr. de legat. II:

> „Quid ergo, si quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis —? *Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus*".

Hält man fest, daß nach den unzweideutigsten Quellen-Zeugnissen der heres ex re certa als ein heres sine parte scriptus angesehen werden muß, so stehen sich offenbar die beiden Fälle: „A. und B. sollen meine Erben, B. aber soll Statt seines Erbtheils mit 100 zufrieden sein" und „A. soll mein Erbe sein, B. soll mein Erbe auf 100 sein" in allen Beziehungen vollkommen gleich, und diese vollständige Gleichheit wird auch auf das Bestimmteste in l. 13. C. h. t. anerkannt. Da nun für den ersten Fall die Annahme eines stillschweigenden Universal-Fideikommisses für die Miterben („petere poterunt coheredes partem hereditatis") und eines stillschweigenden Singular-Fideikommisses für ihn selbst („retinente sive praecipiente quo contentum esse voluit defunctus"), so klar wie möglich in der l. 69. cit. ausgesprochen ist: so ist damit bis zur Evidenz

bewiesen, daß dieselbe Annahme auch für den heres ex re certa als gesetzlich begründet angesehen werden muß. — Das einfache Resultat ist hiernach: wenn neben andren gehörig eingesetzten Erben ein heres ex re certa instituirt ist, so gilt zwar dieser Letztre, detracta rei certae mentione, als *heres* sine parte scriptus, aber er bekommt doch dem praktischen Effekte nach nur die einzelne Sache, auf welche er instituirt ist, indem er seine gesammte Erbportion als Universal-Fideikommiß an seine Miterben restituiren muß, und von diesen nur die res certa als Singular-Fideikommiß entgegen empfängt. Vgl. überhaupt Reuner a. a. O. S. 344 fgg.

2) Was nun die sehr bestrittene Verordnung Justinians in l. 13. C. h. t anbelangt:

> „Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referentur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri“,

so haben sowohl der Vordersatz, in welchem der Kaiser die Fälle bestimmt, für welche er eine neue Rechtsregel einführen will, als auch der Nachsatz, in welchem diese Rechtsregel selbst angegeben wird, große Schwierigkeit gemacht.

a) Im Eingang des Gesetzes stellt Justinian zwei Fälle neben einander auf, auf deren völlige juristische Gleichheit auch schon vorher aufmerksam gemacht worden ist, nämlich den Fall der eigentlichen institutio ex re certa, und den andren Fall, wenn ein Erbe zwar gehörig, d. h. sine parte oder ex certa parte eingesetzt, aber darneben geheißen worden ist, er solle „pro institutione sua“ (d. i. soviel, wie „pro parte sua“ oder „pro hereditate relicta“, l. 69. pr. de legat. II., oder „pro omni hereditate“ l. 27. §. 1. de legat. III., oder „pro portione hereditatis“ l. 2. C. de jure dot.) mit einer certa res zufrieden sein, und für beide Fälle wird als charakteristisches Merkmal angeführt: „*quos legatariorum loco haberi certum est*“. Der Sinn dieser Worte kann nach dem bei Nr. 1. Bemerkten nicht mehr zweifelhaft sein. Da nämlich die so Eingesetzten ihre ganze Erbportion an die Miterben als Universal-Fideikommiß restituiren müssen, so hören sie zwar natürlich dadurch nicht auf, dem Rechte nach heredes zu sein, — und dies ist in mehr wie einer Beziehung für die richtige Auffassung dieses Verhältnisses von großer Wichtigkeit —, aber es wird ihnen doch nach geschehener Restitution die praktische Geltendmachung ihres Erbrechts entzogen, und ihr unmittelbar wirksames Recht beschränkt sich demnach auf das Singular-Vermächtniß der res certa, welches ihnen die Miterben als mutuum fideicommissum zu prästiren haben. Das ist es, was Justinian mit den Worten: „quos legatarior. loco haberi certum est“ sagen will, und es ist also schlechthin verwerflich, wenn man sich mit der bisherigen communis opinio dadurch für berechtigt hielt, dem heres ex re certa im Fall der Konkurrenz mit gehörig instituirten Erben die Erbenqualität ganz abzusprechen.

Wenn ich, um diesem letztren ungehörigen Resultate auszuweichen, in den früheren Ausgaben dieses Lehrb. mit Hennemann a. a O. annahm, Justinian deute in den Worten: vel certis rebus etc. auf einen Honorirten hin, der vom Erblasser gar nicht zum Erben eingesetzt, sondern der lediglich angewiesen worden sei, mit gewissen Sachen Statt der Erbeinsetzung zufrieden zu sein, und wenn ich dann weiter die Worte: quos legatariorum loco etc. blos auf diesen letztren Fall, aber nicht auch auf den Fall der institutio ex re certa beziehen zu dürfen glaubte: so muß ich jetzt diese Ansicht mit Neuner a. a. O. S. 386 fgg. aus den im Obigen entwickelten Gründen für durchaus unzulässig halten.

b) Was nun aber die von Justinian eingeführte Neuerung anbelangt, so verhält es sich damit so. Vor der l. 13. C. cit. mußte bei dem stillschweigenden Universal-Fideikommiß, welches in einer institutio ex re certa enthalten war, eben so wie in allen andren Fällen einer hereditas fideicommissaria, die Zeit vor und nach der wirklich geschehenen Erbschafts-Restitution unterschieden werden; ehe nämlich die Erbschaft wirklich restituirt war, konnte dem Fiduziar auch die praktische Geltendmachung seines Erbrechts nicht versagt werden, und nur erst nach der, freilich zu jeder Zeit erzwingbaren, Vornahme der Erbschafts-Restitution gingen die sämmtlichen actiones hereditariae aktiv und passiv auf den Fideikommissar über. Dies ändert nun Justinian, um den Willen des Erblassers noch vollständiger zu realisiren, für die beiden, im Eingang des Gesetzes bezeichneten Fälle dahin ab, daß die Restitution nicht erst wirklich zu geschehen braucht, sondern dieselbe schon immer von vorne herein als geschehen fingirt werden soll, so daß der heres ex re certa sogleich von Anfang an auf die res certa beschränkt, und von allem wirksamen Antheil an den actiones hereditariae ausgeschlossen ist, und diese folglich auf die Miterben und resp. Universal-Fideikommissare unmittelbar mit dem Erbschafts-Antritt aktiv und passiv so übergehen, wie dies früher nur erst für die Zeit nach wirklich geschehener Erbschafts-Restitution angenommen werden konnte („eos *tantummodo* omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, — — nec *aliquam* deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri"). Abgesehen von dieser einen, freilich nicht ganz unerheblichen Neuerung bleibt es aber doch noch nach der l. 13. C. cit. vollständig bei den Grundsätzen, die vorher bei Nr. 1. angedeutet worden sind.

3) Hält man diese Prämissen fest, so ergeben sich daraus von selbst folgende Konsequenzen:

a) Der heres ex re certa ist wirklicher Erbe, und wenn er auch — vor Justinian erst post restitutam hereditatem, seit der Justinianischen l. 13. C. cit. sogar gleich von Anfang an — von allem wirksamen Antheil an den actiones hereditariae ausgeschlossen ist, so ist doch diese seine Erbenqualität in vielfacher Beziehung von eingreifender Wichtigkeit. Namentlich erklärt sich hieraus 1) daß auch durch eine hered. institutio ex re certa den Vorschriften des s. g. formellen Notherbenrechts und der Nov. 115. genügt wird, l. 19. de lib. et post., Nov. 115. c. 5. — Man muß 2) einem solchen heres ex re certa unbedenklich einen Anspruch auf Anwachsungsrecht für den Fall einräumen, wenn sämmtliche gehörig eingesetzte Erben hinweggefallen sind. —

3) Gerade so, wie einem andern Erben, welchem die Restitution seines Erbtheils **deducta** oder **praecepta re certa** aufgetragen ist, unzweifelhaft die Befugniß zusteht, unter den gehörigen Voraussetzungen die s. g. Trebellianische Quart abzuziehen, l. 11. C. ad leg. Falc. (6, 50), s. auch unten §. 536 Anm., ganz eben so muß auch einem **heres ex re certa** dieses Recht eingeräumt werden, wenn die Sache, auf welche er eingesetzt ist, nicht den vierten Theil seiner Erbportion ausmacht, vgl. l. 29. ad SC. Treb. (36, 1) §. 3. J. quib. mod. test. inf. (2, 17), und nach richtiger Auffassung der Nov. 1. c. 2. [vgl. unten §. 538. Anm.) darf ihm wohl selbst auch im neuesten Rechte diese Befugniß nicht abgesprochen werden, obwohl in dieser Beziehung Neuner a. a. O. S. 470 a. M. ist. — 4) Zu Gemäßheit unsrer Prämissen muß die Streitfrage, ob der heres ex re certa giltiger Testaments-Zeuge sein könne, entschieden verneint werden. — 5) Nach richtiger Ansicht kann auch das durch Nov. 18. c. 6. eingeführte testamentarische Kollationsrecht (§. 516) aktiv und passiv bei einem heres ex re certa zur Anwendung kommen, Neuner a. a. O. S. 464 fgg. S. 472. Endlich kann auch 6) das *judicium familiae herc.* dem heres ex re certa nicht wohl abgesprochen werden, da ja diese Klage bekanntlich nicht blos zum Zweck der Erbtheilung, sondern auch zur Geltendmachung anderweiter Ansprüche unter den Miterben gebraucht werden kann, vgl. auch arg. l. 35. pr. de her. inst., l. 1. C. Greg. fam. herc.

b) Ungeachtet dieser seiner Erbenqualität ist aber doch der **heres ex re certa**, so lange er mit gehörig instituirten Erben konkurrirt, auf die ihm zugewiesene **res certa** beschränkt, und zwar erhält er dieselbe als Singular-Vermächtnißnehmer. Daraus geht aber von selbst hervor, daß zum Zweck des Erwerbs derselben die gewöhnlichen Legaten-Grundsätze über *dies cedens* und *veniens* zur Anwendung kommen, daß der **heres ex re certa** die gewöhnlichen Rechtsmittel eines Legatar gebraucht, daß er sich den Abzug der Falzidischen Quart gefallen lassen muß — wobei jedoch, da er selbst den Onerirten auch ein Fideikommiß prästirt, die Grundsätze über **compensatio legatorum mutuorum** eingreifen können, vgl. Neuner S. 446 fgg. —, und daß umgekehrt er selbst keine Quart abziehen darf, da ja das ihm auferlegte Vermächtniß nur die Qualität eines After-Vermächtnisses an sich trägt. —

Noch sind hier einige Schlußbemerkungen zuzufügen:

A. Daß auch der auf den Nießbrauch des Vermögens Eingesetzte ein **heres ex re certa** ist, und also auch bei ihm die im Vorigen angedeuteten Grundsätze eintreten müssen, versteht sich von selbst, vgl. auch Neuner a. a. O. S. 548 fgg. (wo auch eine Uebersicht der verschiedenenen Meinungen gegeben ist). Hat also der Erblasser gesagt „A. soll mein Erbe auf den Nießbrauch meines Vermögens sein, B. soll mein Erbe sein": so sind Beide in Gemäßheit der obigen Entwicklungen Erben auf ½; die Hälfte des A. fällt aber als Universal-Fideikommiß an den B., und A. erhält dagegen den Nießbrauch des Ganzen als Singular-Fideikommiß. Hätte aber etwa der Erblasser bei der zweiten Erbeinsetzung gesagt „nach dem Tode des A. soll B. mein Erbe sein" — und gerade dieser Fall ist es, welcher vorzugsweise bestritten ist —, so muß in jedem konkreten Falle untersucht werden, ob der Erblasser den B. **ex die incerto** hat

einsetzen wollen — so daß der B. nicht anders Erbe werden kann, als wenn er den A. überlebt hat —, oder ob die Erwähnung des Todes des A. nur den Sinn hat, daß der B. erst von da an die freie Verfügung über die Erbschaft haben solle. Wenn das Letztre die wahre Absicht des Erblassers ist, so muß natürlich gerade so entschieden werden, wie wenn die Worte „nach dem Tode des A." gar nicht zugefügt wären. Beabsichtigte aber der Erblasser wirklich die Zufügung eines **dies incertus**, also einer Bedingung — ein Fall, welchen Neuner S. 555 gewiß mit Unrecht als unmöglich und juristisch gar nicht konstruirbar zurückweis't —: so ist B. bekanntlich, wie jeder unter einer Bedingung eingesetzte Erbe, sogleich zur Agnition der **bonor. possessio secundum tabulas** berechtigt, und es gestaltet sich dann Alles gerade so, wie in dem vorigen Falle, mit dem einzigen Unterschiede, daß, wenn B. vor A. stirbt, und also die Bedingung defizirt, der auf den Nießbrauch eingesetzte A. als **heres ex asse** erscheint, weil es nun gewiß ist, daß er keinen Miterben neben sich hat. Unterließe aber auch B. die Agnition der **bon. poss. sec. tabulas**, so ist es hier offenbar nicht anders, wie wenn er unbedingt eingesetzt wäre und mit dem Erbschafts-Antritte zögerte: und auch dieser Fall kann also nicht die mindeste wahre Schwierigkeit machen.

B. Wir haben bisher ausschließlich den regelmäßigen Fall der **institutio ex re certa** vor Augen gehabt, wenn nämlich der Erbe direkt auf eine gewisse Sache zum Erben eingesetzt ist. Es kann aber eine solche Einsetzung auch in der andren Gestalt vorkommen, daß ein Erbe umgekehrt „*excepta certa re*" zum Erben instituirt ist (z. B. „**Titius excepto usufructu, excepto fundo heres esto**"), und hierfür gilt dann derselbe Grundsatz, wie bei direkter **institutio ex re certa**, daß die Erbeinsetzung ***detracta rei certae mentione*** konservirt wird, **l. 74. de hered. instit.** Abgesehen hiervon gestaltet sich aber doch dieser Fall völlig abweichend von dem der direkten **instit. ex re certa.** Wenn freilich Jemand **excepta certa re** zum **heres ex asse** eingesetzt ist, und es ist auch aus der Disposition nicht ersichtlich, zu wessen Gunsten diese Beschränkung vom Erblasser zugefügt ist, so erscheint auch hier, wie bei der direkten **instit. ex re certa**, die **mentio rei certae** als völlig bedeutungslos, **l. 74 cit.** Ist aber Jemand vom Erblasser bezeichnet worden, zu dessen Gunsten diese Beschränkung eintreten soll, oder sind neben dem so Eingesetzten noch Miterben vorhanden, in welchem Falle diese natürlich als die Begünstigten erscheinen: so ist die **exceptio rei certae** immer als Anordnung eines stillschweigenden Singular-Fideikommisses aufzufassen, und der so instituirte **heres ex re certa** bleibt also nicht nur dem Namen nach Erbe, sondern es steht ihm natürlich auch die vollständige practische Geltendmachung seines Erbrechts zu, **l. 86. pr. de legat. II.** Vgl. Neuner a. a. O. S. 37 fgg. S. 93 fgg. S. 382 fg.

C. Die bisher entwickelten Grundsätze kommen bei Soldaten-Testamenten der Regel nach nicht zur Anwendung; vgl. Neuner a. a. O. Kap. II. S. 485 fgg. Der Soldat kann nämlich auch rechtsgiltig **ex re certa** instituiren, und eine solche **institutio** wird nicht erst **detracta rei certae mentione** konservirt, sondern sie gilt ohne Weiteres, was zivilistisch dadurch möglich wird, daß man

die certa res als eine besondere ganze *hereditas* auffaßt, so daß hier *„quasi plurium hominum plures hereditates"* angenommen werden, l. 17. §. 1. de test. mil. (29, 1), vgl. l. 16. §. 6 ad SC. Trebell. (36, 1). Wenn nun der Soldat

1) nur einen Erben, und zwar diesen auf eine res certa instituirt hat, so bekommt derselbe auch wirklich nur diese Sache, und zwar als Erbe, so wie wenn die ganze Erbschaft des Verstorbenen lediglich aus dieser Sache bestanden hätte; das ganze übrige Vermögen fällt an die Intestaterben, l. 6. de test. milit. (29, 1), l. 2. C. eod. (6, 21).

2) Wenn mehrere Erben, und zwar sämmtlich auf res certae eingesetzt sind, so kommt es darauf an, ob durch diese Zuweisungen die Erbschaft erschöpft ist, oder nicht. Im letztren Falle verhält es sich gerade, wie bei Nr. 1: jeder der mehreren Eingesetzten bekommt seine angewiesene res certa als besondre Erbschaft, und der nicht angewiesene Rest fällt, als besondre Erbschaft, an die Intestaterben. Ist aber durch die Zuweisungen die Erbschaft gerade erschöpft, so gilt hier die Regel des jus commune, daß die sämmtlichen Eingesetzten als heredes sine partibus scripti, und die einzelnen Sachen als Prälegate aufgefaßt werden, l. 17. pr. de test. milit. Nur (a. M. ist Neuner S. 521 fgg.) für den besondren Fall, wenn der Soldat den Einen auf sein kastrensisches, den Andren auf sein übriges Vermögen eingesetzt hat, müssen auch hier gleichsam „duorum hominum duae hereditates" angenommen werden, wodurch natürlich eingreifende Verschiedenheiten herbeigeführt werden, l. 17. §. 1. de test. milit., l. 25. §. 1. fam. herc. (10, 2), l. 16. pr. de comp. (16, 2).

3) Wenn der Soldat neben gehörig Eingesetzten noch einen heres ex re certa instituirt hat, so bekommt der Letztre immer nur diese Sache als besondre Erbschaft; alles Uebrige fällt, ebenfalls als besondre Erbschaft, an die gehörig instituirten Miterben, und wenn diese nicht auf das Ganze instituirt sind, sondern noch einen Bruchtheil übrig lassen, so fällt dieser, als dritte besondre Erbschaft, an die Intestaterben. —

Anm. 3. Wenn mehrere Erben eingesetzt sind, und der Erblasser hat gar keine oder keine genügende Vertheilung vorgenommen, so finden sich darüber in unsren Quellen vielfache, sorgfältig ausgeführte Interpretationsregeln, die sich im Wesentlichen auf die beiden Grundsätze zurückführen lassen, daß die in dem Testament ernannten Erben nothwendig die ganze Erbschaft erhalten müssen, weil eine Konkurrenz testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge nicht Statt findet, und dann, daß man nicht annehmen dürfe, der Erblasser habe mit den Erbeinsetzungen ein leeres Spiel getrieben.

I. Der Erblasser hat zwar Theile bestimmt, aber nicht in genügender Weise. Hier müssen wieder die beiden Fälle unterschieden werden, wenn die bestimmten Theile die Erbschaft nicht erschöpfen, und wenn sie dieselbe überschweren, wenn also zu wenig, oder wenn zu viel vertheilt ist.

A) Die bestimmten Theile erschöpfen die Erbmasse nicht.

1) Allen Erben sind Theile angewiesen, und zwar

a) alle Erben sind auf *res certae* instituirt. Da hier nach den Ausführungen der vorigen Anm. die sämmtlichen Erben als heredes *sine partibus*

scripti, und die zugewiesenen res certae nur als Prälegate gelten: so versteht es sich von selbst, daß in Betreff aller nicht vertheilten Objekte völlig gleiche Theile gemacht werden müssen, und dies der Regel nach selbst dann, wenn die mehreren Erben auf verschiedene Bruchtheile einer und derselben Sache eingesetzt sind, z. B. A. auf $\frac{1}{4}$, B. auf $\frac{3}{4}$ eines bestimmten Grundstücks, sofern nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers evident erwiesen werden kann, l. 9. §. 13, l. 10, l. 35. pr. §. 1. 2, l. 78. h. t. — Daß, wenn nur ein Erbe ernannt, und diesem eine bestimmte Sache zugewiesen ist, dieser immer als heres ex asse anzusehen ist, wurde ebenfalls schon in der vorherg. Anm. bei I. angegeben, S. 150.

b) Alle Erben sind auf quote Theile instituirt, z. B. A. auf $\frac{1}{4}$, B. auf $\frac{1}{3}$, C. auf $\frac{1}{5}$. Hier fällt der nicht vertheilte Rest den einzelnen Instituirten nach Maaßgabe der ihnen bestimmten Quoten zu, so daß in unsrem Beispiel überhaupt A. $\frac{15}{47}$, B. $\frac{20}{47}$, C. $\frac{12}{47}$ erhält, §. 7. J. h. t., l. 13. §. 2. 3, l. 78. §. 1. h. t. Ist also nur ein einziger Erbe ernannt, und diesem etwa blos die Hälfte zugewiesen, so erhält er doch das Ganze, §. 5. J. h. t., l. 33. h. t. [Ein Rechnungsvortheil hierbei ist, daß man, wenn die Brüche unter einen gemeinschaftlichen Nenner gebracht sind, die Zähler unverändert läßt, und aus der Summe dieser Zähler den neuen Nenner bildet. So ist z. B. in unsrem obigen Falle $\frac{1}{4} = \frac{15}{60}$, $\frac{1}{3} = \frac{20}{60}$, $\frac{1}{5} = \frac{12}{60}$. Rechnet man nun die Zähler zusammen ($15 + 20 + 12 = 47$), und macht daraus den neuen Nenner, so entstehen dadurch die vorher angegebenen Resultate. Vgl. auch Schrab•r, ziv. Abh. S. 254 fgg.].

c) Wenn endlich einige Erben auf res certae, die andren auf quote Theile eingesetzt sind, so versteht es sich nach den Ausführungen der vorigen Anm. bei III. (S. 152 fgg.) von selbst, daß alle nicht angewiesenen Sachen ausschließlich den Letztren zu Gute kommen. Wären hier auch noch Bruchtheile übrig (z. B. A. soll mein Erbe sein auf mein Haus, B. sei mein Erbe auf $\frac{1}{4}$, C. auf $\frac{1}{2}$), so ist ein solcher Fall in Gemäßheit des in der vorigen Anm. Bemerkten zivilistisch so zu konstruiren, daß der nicht angewiesene Bruchtheil die Erbportion des auf die res certa Instituirten bildet, die dann aber den auf quote Theile Instituirten als Univ. Fideikommiß zufällt; da jedoch diese Restitition immer nach Maaßgabe der Erbportionen erfolgt, so ist es einleuchtend, daß dabei dem Effekte nach ganz die Regel bei lit. b. zur Anwendung kommt, indem es dabei keinen Unterschied machen kann, ob ihnen dieser nicht angewiesene Bruchtheil unmittelbar oder mittelbar zufällt. In unsrem Beispiel ist demnach A. allerdings Erbe auf $\frac{1}{4}$, aber dieses Viertheil fällt in dem Verhältniß von 1 : 2 als Univers.-Fideikommiß an den B. und C., so daß B. im Ganzen $\frac{1}{4} + \frac{1}{12} = \frac{1}{3}$, C. aber $\frac{2}{4} + \frac{2}{12} = \frac{2}{3}$ bekommen, also soviel, wie auch nach der Regel bei lit. b. ihnen zufallen würde.

Für sämmtliche unter No. 1. bemerkten Fälle tritt jedoch eine allgemeine Ausnahme bei dem militärischen Testamente ein, denn da der Soldat pro parte testatus, pro parte intestatus versterben kann, so fällt das, was er nicht vertheilt hat, an seine Intestaterben, l. 6. de test. mil. (29, 1).

2) Nur Einem oder Einigen der Erben sind Theile angewiesen,

während die Andren unbestimmt eingesetzt sind. Hier versteht es sich ganz von selbst, daß die unbestimmt eingesetzten Erben den noch nicht vertheilten Rest der Erbmasse erhalten, §. 6. J. h. t., l. 17. pr., l. 77, l. 78. §. 2. eod.

B) Die bestimmten Theile überschweren die Erbschaft.

1) Allen Erben sind Theile bestimmt.

a) Wenn sämmtliche Erben auf einzelne Vermögensstücke eingesetzt sind, so muß auch hier der Satz an die Spitze gestellt werden, daß sämmtliche so Eingesetzte als wahre Erben, also auch mit dem Rechte der Falzidischen Quart, die ihnen angewiesenen Sachen aber als Legate zu behandeln sind, deren Giltigkeit oder Ungiltigkeit ganz nach den Grundsätzen über Vermächtnisse zu beurtheilen ist. Hiernach entscheiden sich leicht die einzelnen vorkommenden Fälle. Hätte z. B. der Testator, dessen ganzer Nachlaß in einem Hause besteht, gesagt: Titius soll mein Erbe auf das eine, Gajus auf das andre meiner Häuser sein, so gilt natürlich wegen totaler Unbestimmtheit keines dieser Legate, und Titius und Gajus erhalten einen gleichen Antheil an dem die Erbmasse bildenden Hause. Hatte aber der Erblasser in einem solchen Falle den Titius zum Erben auf sein Haus, den Gajus zum Erben auf seinen Garten eingesetzt, so erhält der Letztre ¼ (vermöge der lex Falcidia), der Erstre ¾ des Hauses; was jedoch dann eine Ausnahme leidet, wenn der Erblasser wirklich einen Garten im putativen Eigenthum hatte, und dieser dann evinzirt wird, denn hier braucht Gajus nach dem präsumtiven Willen des Erblassers die ihm jure hereditario zugefallene Hälfte des Hauses nur dann an den Miterben herauszugeben, wenn auch dieser bereit ist, die Hälfte des Werths des evinzirten Gartens an ihn zu leisten, l. 77. §. 8. de legat. II:

> „Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit; si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, *cum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare*".

Wenn jetzt Neuner, die hered. inst. ex re certa S. 281 fgg. aus dieser Entscheidung Papinian's die allgemeine Regel ableitet, daß der auf eine, im Nachlaß nicht vorhandene, res certa Eingesetzte, immer seine pars hereditaria zurückbehalten dürfe, wenn ihm nicht die Miterben soviel leisten wollten oder könnten, als er judicio defuncti bekommen sollte, und wenn er demgemäß auch den erst angeführten Fall, in welchem sich gar nicht ermitteln läßt, welchen Garten der Erblasser im Auge gehabt haben könne, dahin entscheidet, daß Gajus die volle Hälfte des Hauses jure hereditario zurückbehalte (s. auch dens. S. 375): so kann ich dem unmöglich beistimmen. Mir scheint, um Papinian's Entscheidung anwenden zu können, die Voraussetzung wesentlich nöthig zu sein, daß aus der Disposition erkannt werden kann, was und wieviel dem Erben zugewiesen werden sollte; und wenn dies nicht ermittelt werden kann, so muß nothwendig die mentio rei certae als völlig bedeutungslos ganz unberücksichtigt bleiben, und der so Eingesetzte lediglich als heres sine parte scriptus aufgefaßt werden. Am häufigsten, wenn nicht allein, möchten hierher gehörige Fälle so vorkommen,

daß der Testator, sich über die Größe seines Nachlasses irrend, den eingesetzten Erben zu große Summen aussetzt. Gesetzt, der Testator hält sein Vermögen, Alles zu baarem Gelde angeschlagen, 10,000 Fl. groß, und setzt nun den A. auf 9000, den B. auf 1000 zu Erben ein. Wenn sich nun findet, daß das Vermögen etwa nur 6000 ausmacht, wie wird dasselbe vertheilt? Soviel möchte hier zunächst gewiß sein, daß dann, wenn nach dem erwiesenen Willen des Testators durch die Angabe jener Summen nur das Verhältniß der verschiedenen Erbportionen zu einander bestimmt werden soll, jene Summen also ganz die Stelle quoter Theile vertreten, eine ganz verhältnißmäßige Verminderung aller genannten Summen Platz greifen muß, wornach in unsrem Beispiel A. 5400, B. 600 erhalten würde. Läßt sich ein solcher Wille des Erblassers nicht beweislich machen, müssen also die Erben als unbestimmt eingesetzt, und die ihnen zugewiesenen Summen als Legate angesehen werden, dann erfolgt die Verminderung nach den Prinzipien über den Abzug der Falzidischen Quart, wobei namentlich auch die Bestimmungen über compensatio legatorum mutuorum zu beachten sind; und hiernach wird in unsrem Beispiel der A. 5250, der B. aber 750 bekommen. (Jeder von Beiden ist dann nämlich als auf die Hälfte eingesetzt anzusehen, und seine Erbportion beträgt 3000. Der A. muß nun aber an den B. die Hälfte des diesem ausgesetzten Vermächtnisses, also 500, auszahlen, B. aber müßte an den A. 4500 prästiren; da er aber nicht mehr zu geben hat, als er selbst bekommt, und sich überdies von seiner Portion noch die Quart abziehen darf, so behält er von seiner Erbportion die Quart (= 750) zurück, und gibt also nur 2250 an den A. Ja, er darf nicht einmal die vollen 750 abziehen, weil ihm der A. ebenfalls ein Legat auszahlen muß, welches, soweit es reicht, mit der Quart kompensirt werden muß, weßhalb er also hier nur 250 abziehen darf, und 2750 an den A. auszahlen muß. Hiernach hat nun also A. von seiner Erbportion übrig 2500, und dazu bekommt er von B. 2750, also im Ganzen 5250; B. aber hat von seiner Erbportion übrig 250, und dazu erhält er von A. 500, also im Ganzen 750). Vgl. auch Sintenis, prakt. Zivilr. III. S. 423 fg. Not. 25. Wenn Neuner a. a. O. S. 289 auch in Fällen dieser Art, wenn zu große Summen ausgesetzt sind, seine aus l. 77. §. 8. cit. konstruirte Regel in Anwendung bringen will, wornach in unsrem Beispiele der B. die vollen 1000 ansprechen dürfte: so kann man ihm auch hierin gewiß nicht beistimmen; denn es ist doch in der That nicht einzusehen, weßhalb in solchen Fällen gerade nur das eine Legat gemindert werden sollte, da doch der Grund der Kürzung für beide ganz derselbe ist, und schwerlich dürfte ein solches Verfahren in dem wahren Willen des Erblassers begründet sein.

b) Alle Erben sind auf quote Theile eingesetzt. Hier tritt ein Abzug nach Verhältniß der einzelnen Quoten ein (wobei derselbe Rechnungsvortheil gilt, wie in dem Fall von A. 1. b.), §. 7. J. h. t., l. 13. §. 4—7, l. 59. §. 1. h. t., und wenn also z. B. die Disposition dahin ging, daß Titius auf [illegible], Gajus auf [illegible], Sejus auf [illegible] Erbe sein solle, so bekommt Titius blos [illegible], Gajus [illegible], Sejus [illegible]. Ganz übereinstimmend hiermit ist es auch, daß, wenn Jeder von Zweien zum heres ex asse ernannt ist, Jeder nur [illegible] bekommt, l. 18. §. 5. h. t., und dies muß auch auf den Fall bezogen werden, wo Einem zwei- oder mehrmal, und

dann noch einem Andren die ganze Erbschaft zugewiesen ist, l. 23. §. 1. C. de legat. (6, 37). Ist dagegen Jemand auf dieselbe Portion eingesetzt, wie ein Andrer (z. B. Titius soll mein Erbe auf ½ sein, und eben so soll Sejus mein Erbe auf ½ sein; auf denselben Theil, auf welchen ich den Titius eingesetzt habe, soll auch Sempronius mein Erbe sein), so gelten diese Beiden als conjuncti, und demnach wird die Erbschaft in dem vorgelegten Beispiele nicht in drei Drittheile getheilt, sondern Sejus bekommt die eine, Titius und Sempronius die andre Hälfte, l. 15. pr. h. t., l. 142. de V. S. Dieses verhältnißmäßige Dekreszіren muß auch dann eintreten, wenn ein oder mehrere Erben auf zwölf Unzen oder auf ein As, und dann noch Andre auf einzelne Unzen eingesetzt sind, l. 13. §. 4. 6, l. 47. §. 1. h. t., denn der Testator ist ja gar nicht an gerade 12 Unzen gebunden, sondern er kann die Zahl derselben nach Willkür vermehren oder vermindern („non autem utique duodecim uncias esse oportet; nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit“, §. 5. J. h. t., vgl. l. 13. §. 1. h. t. Paul. III. 4. B. 6), und in unsrem Fall muß also angenommen werden, er habe die Zahl der Unzen über 12 erhöhen wollen. Nach diesen Grundsätzen entscheidet denn auch Afrikan in l. 47. §. 1. h. t. den interessanten Fall, wenn der Testator seine Tochter ex asse zum Erben eingesetzt, und darneben verfügt hatte, daß, wenn ihm ein postumus geboren werde, dieser zu ⅔, werde ihm eine postuma geboren, diese zu ⅓ Erben sein sollte. Wird nämlich ein postumus geboren, so soll dieser ⅖ erhalten, während an die Tochter ⅗ fallen, was ganz das Resultat des verhältnißmäßigen Dekreszirens ist. Wird aber ein postumus und eine postuma geboren, so muß in Folge eben dieser Grundsätze an die Tochter 12/24, an den Postumus 8/24 (an beide zusammen also 12/24, woraus sich von selbst die Endworte der l. 47. §. 1. erklären), und an die Postuma 4/24 fallen. — Anders aber muß gesagt werden, wenn der Erblasser Jemanden ausdrücklich auf das Ganze zum Erben einsetzt (was scharf von der Erbeinsetzung ex asse oder ex duodecim unciis unterschieden werden muß), und dann noch Andre zu einzelnen Theilen beruft. Ueber diesen Fall herrschte unter den römischen Juristen Streit, den Justinian in l. 23. C. pr. de legat. (6, 37) recht verständig dahin entschied, daß man hier annehmen müsse, der Testator habe mit der folgenden Disposition die erstre theilweise zurücknehmen wollen, so daß also der auf das Ganze Eingesetzte dem Effekte nach wie ein unbestimmt Instituirter angesehen werden muß, und also nur den Rest bekommt. Hätte also z. B. der Testator gesagt „A. soll mein Erbe auf das Ganze, B. auf ⅓ sein“, so würde der Letztre seine ganzen ⅓, der erstre aber nur ⅔ erhalten, und hätte der Testator in dem vorher angegebenen Falle der l. 47. §. 1. h. t. seine Tochter nicht *ex asse*, sondern auf das Ganze zum Erben eingesetzt, und darneben dann die andren Bestimmungen in Betreff des postumus oder der postuma gemacht, so dürfte nicht die Entscheidung des Afrikan eintreten, sondern man müßte eine solche Disposition so auffassen, als wenn der Testator gesagt hätte: „wird mir ein postumus geboren, so soll dieser mein Erbe sein auf ⅔, auf das Uebrige setze ich meine Tochter ein; wird mir aber eine postuma geboren, so soll diese meine Erbin sein auf ⅓, und auf den Rest setze ich meine Tochter ein“. Hätte aber der Erblasser so gesagt, so müßte, wenn nun ein

Postumus und eine Postuma geboren werden, dahin entschieden werden, daß der Postumus $\frac{9}{13}$, die Tochter $\frac{3}{13}$ und die Postuma $\frac{1}{13}$ erhalten, indem es ja der Wille des Erblassers war, daß die Tochter dreimal weniger, als der Postumus und dreimal mehr als die Postuma erhalten solle, vgl. l. 13. pr. de liber. et postum. (28, 2). — Ich habe bisher als den eigentlichen Kern der l. 23. C. cit. angenommen, daß hier von einer Erbeinsetzung die Rede sei, welche ausdrücklich auf das Ganze gerichtet sei, während in den Pandekten nur von einer Erbeinsetzung *ex asse* oder *ex duodecim unciis* gesprochen werde. Daß die Worte des Gesetzes hiermit sehr gut übereinstimmen, leibet keinen Zweifel, und gewiß ist auch die Unterscheidung der beiden Fälle ganz in der Natur der Sache begründet. So nahe nämlich im letztren Falle der Ausweg liegen mußte, daß der Erblasser die Erbschaft in mehr als 12 Unzen habe theilen wollen, so unbrauchbar muß derselbe im erstren Falle erscheinen, da doch unmöglich mehr als das Ganze vertheilt werden konnte; vgl. auch *Cocceji*, jus controv. XXVIII. 5. qu. 11, Schweikart in der Gießer Zeitschr. IX. S. 372 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 26. Anm. 2, Arndts, Rechtsler. III. S. 921, und im Wesentlichen auch *Donell.*, comm. jur. civ. lib. VI. c. 22. §. 8, *Schulting*, not. ad Dig. ad l. 18. §. 4. de hered. inst. (tom. V. p. 51) und Mühlenbruch XL. S. 122 fgg. Regelmäßig nehmen aber unsre Juristen ein andres Verhältniß zwischen dem Kodex und den Pandekten an, indem nämlich die Meisten nach dem Vorgang der Glosse die Pandektenregel als durch den Kodex aufgehoben betrachten, und derselben nur noch dann Geltung einräumen, wenn der entschiedene Wille des Erblassers auf die Annahme von mehr als 12 Unzen gerichtet sei. Hiermit wäre aber offenbar das Dasein einer wahren Antinomie zwischen Kodex und Pandekten anerkannt, während doch eine solche höchst unwahrscheinlich ist, da Justinian seine Verordnung ganz kurz vor dem Beginn der Pandektenarbeit erließ, und eine Berücksichtigung derselben bei dieser Arbeit also dringend erwartet werden muß. Jedenfalls besser ist daher die Ansicht, die schon von manchen älteren (vgl. bes. *Giphan.*, explan. diffic. leg. Cod. ad h. l.), und unter den neueren Juristen bes. von Schrader, civ. Abh. No. 4. vertheidigt ist, wornach die Regel des Kodex nur von dem Fall zu verstehen sei, wenn die verschiedenen Dispositionen an verschiedenen Stellen des Testaments vorkämen, während die Pandektenregel dann angewendet werden müsse, wenn die verschiedenen Erbeinsetzungen *uno tenore* angeordnet seien. Aber auch diese Annahme kann schwerlich als wahrhaft befriedigend angesehen werden. Die von Schrader für sich angeführten Worte Justinian's *(deinde — ab initio —* recessisse a *priore* voluntate, *primo, secundo)* erklären sich nämlich vollständig, wenn man bedenkt, daß solche verschiedene Dispositionen natürlich nicht gleichzeitig gemacht werden können, sondern auf einander folgen müssen, und besonders, daß Justinian bei seiner Entscheidung allerdings voraussetzt und voraussetzen muß, daß die Erbeinsetzung auf das Ganze vorausgeht, und die übrigen Erbeinsetzungen nachfolgen, denn wenn das Umgekehrte Statt fände, so muß vielmehr entschieden werden, daß die erstgenannten Erbeinsetzungen auf einzelne Theile als widerrufen zu betrachten seien. Auf dieses Zeitverhältniß, und nur auf dieses, weisen jene Ausdrücke hin, aber auch nicht die leiseste Andeutung liegt vor, daß ein

Zwischenraum zwischen den mehreren Dispositionen vorgekommen sein müsse; und doch müßte dieses nach Schrader's Annahme die eigentliche Hauptsache sein! Zudem kann auch diese Meinung auf innere Natürlichkeit gewiß keinen Anspruch machen, denn hält man nur fest, daß der Natur der Sache und den Gesetzen nach der letzte Wille als ein wohlüberlegtes Ganzes angesehen werden muß, so ist die Annahme, der Testator habe eine frühere Disposition durch eine spätere in demselben letzten Willen wieder aufgehoben, ganz eben so mißlich, wenn die spätere nach einem Zwischenraum vorkommt, als wenn sie sich unmittelbar an die frühere anschließt, und in beiden Fällen gleich sehr müssen noch besondre andre Gründe vorkommen, wenn eine solche Annahme gerechtfertigt werden soll. Solche Gründe sind nun nach unsrer oben vertheidigten Ansicht allerdings vorhanden, aber nicht nach der Schrader'schen, wornach vielmehr Justinian's Entscheidung als eine völlig unmotivirte erscheinen müßte. Muß man hiernach die Grundansicht Schrader's verwerfen, so fallen auch von selbst die Folgesätze hinweg, die Schrader daraus ableitet, und mit gewohnter mathematischer Gründlichkeit weiter ausführt. Namentlich ist es hiernach gewiß irrig, die Regel der l. 23. cit. auch dann anwenden zu wollen, wenn beide Erben nur auf Quoten eingesetzt sind, die aber zusammen genommen mehr als ein Ganzes ausmachen, z. B. A. soll mein Erbe sein zu $\frac{1}{2}$, und nachher B. zu $\frac{3}{4}$, in welchem Falle Schrader dem Erstren nur $\frac{1}{4}$ zuweisen will. Und eben so muß man sich auch gegen die Anwendung der l. 23. cit. auf solche Fälle erklären, wo erst durch mehrere Erbeinsetzungen zu verschiedenen Quoten mehr als ein Ganzes vertheilt ist, z. B. A. soll mein Erbe sein zu $\frac{1}{2}$, B. zu $\frac{1}{2}$, C. zu $\frac{1}{4}$, D. zu $\frac{1}{5}$, welchen Fall Schrader so entscheidet, daß zuerst A. und B. durch den C. auf $\frac{3}{4}$, und nachher A., B. und C. durch den D. auf $\frac{4}{5}$ reduzirt würden, so daß also im Ganzen A. $\frac{3}{10}$, B. $\frac{3}{10}$, C. und D. Jeder $\frac{1}{5}$ erhielten. In allen solchen und ähnlichen Fällen muß vielmehr unbedenklich die Regel der Pandekten in Anwendung kommen, einerlei, ob die mehreren Dispositionen unmittelbar hinter einander, oder an verschiedenen Stellen des Testaments vorkommen.

c) Wenn einige Erben auf **res certae**, Andre auf quote Theile eingesetzt sind, so liegt die Ueberschwerung entweder in den quoten Theilen, oder in den angewiesenen **res certae**, oder sowohl in dem Einen als dem Andren. Der erste Fall ist der einfachste, und wenn z. B. der Erblasser sagte: A. soll mein Erbe sein auf 1000 Fl., B. auf $\frac{3}{4}$, C. auf $\frac{1}{2}$, so versteht es sich nach den in der vorigen Anm. angegebenen Grundsätzen von selbst, daß A. auf die 1000 beschränkt bleibt, und die Quoten der andren Erben nach der vorher unter **lit. b.** bemerkten Regel reduzirt werden müssen, so daß B. $\frac{3}{5}$, C. $\frac{2}{5}$ bekommen. (Die eigentliche Konstruktion ist folgende: A. ist **detracta rei certae mentione** als **sine parte institutus** anzusehen, und demnach ist, da hier die Regel: **ex asse fit dupondium** zur Anwendung kommt, A. Erbe auf $\frac{3}{8}$, B. auf $\frac{3}{8}$, C. auf $\frac{1}{4}$; die $\frac{3}{8}$ des A. fallen aber als Univers.-Fideikommiß in dem Verhältniß von 3 : 2 an den B. und C., so daß B. $\frac{3}{8}$ als direkter Erbe, und $\frac{9}{40}$ als **heres fideicommissarius**, also $\frac{3}{8} + \frac{9}{40} = \frac{24}{40} = \frac{3}{5}$, C. aber $\frac{1}{4}$ als **heres directus**, und $\frac{6}{40}$ als **heres fideicommissarius**, also $\frac{1}{4} + \frac{6}{40} = \frac{16}{40} = \frac{2}{5}$ erhalten). — Problematischer ist die Entscheidung des zweiten Falls, wenn die

Ueberschwerung in den res certae liegt, z. B. A. soll mein Erbe auf 5000, B. auf 5000, C. auf ¼ D. auf ¾ sein, und die ganze Erbschaft besteht blos aus 6000. Dürfte man hier die heredes ex re certa der gemeinen Ansicht zufolge als blose Legatare ansehen, denen die Falzid.-Quart von der ganzen Erbschaft abgezogen werden könnte, so würde die Entscheidung einfach dahin ausfallen, daß C. und D. nach Verhältniß ihrer Quoten in die Quart von 6000, und A. und B. sich in die andern ¾ dieser Summe theilen müßten; und darnach würde C. $\frac{1500}{4} = 375$, D. $\frac{4500}{4} = 1125$, A. und B. zusammen 4500, und jeder Einzelne von ihnen 2250 erhalten. Müßte man dagegen die res certae in solchem Falle als die, durch die Falzidische Quart nicht zu schmälernde Erbportion auffassen, so möchte kaum etwas Andres bleiben, als die Erbeinsetzungen des C. und D. für ganz wesenlos zu erklären, und so zu entscheiden, wie wenn A. und B. die einzigen Erben wären, so daß Jeder von ihnen 3000 bekäme; und diese Meinung vertheidigte ich in den früheren Ausgaben dieses Lehrb. Hält man aber die in der vorhergehenden Anm. entwickelten Grundsätze fest, so kann keine dieser beiden Ansichten gebilligt werden. Hiernach müssen vielmehr vor allen Dingen die Erbportionen der sämmtlichen Instituirten regulirt werden, und dies führt in unsrem Beispiel, da hier ex asse dupondium fit, zu dem Resultate, daß A. Erbe auf ¼, B. auf ¼, C. auf ⅛, D. auf ⅜ ist. A. und B. sollen nun zwar ihre Erbportionen an C. und D. als Univers.-Fideikommiß restituiren; da aber die ihnen entgegen zu leistenden Vermächtnisse mehr als diese Portionen betragen, so behalten sie dieselben compensando, und fordern von den Miterben noch soviel, als diese salva quarta Falcidia missen können, wobei sich von selbst versteht, daß diese Quart nur von der direkten Erbportion, und nicht auch von dem durch das Univers.-Fideikommiß herbeigeführten Zuwachs berechnet werden darf. Demgemäß behält C. nur $\frac{750}{4} = 187\frac{1}{2}$, D. $\frac{2250}{4} = 562\frac{1}{2}$ zurück, und A. und B. erhalten ein Jeder = 2625. — Der dritte Fall (wenn die Ueberschwerung sowohl in den res certae als in den quoten Theilen liegt, z. B. A. sei mein Erbe auf 5000, B. auf 5000, C. auf ¾, D. auf ½, während das Vermögen nur aus 6000 besteht) ist nur scheinbar von dem vorhergehenden verschieden, da in Wahrheit auch schon in diesem letztren Falle eine Ueberschwerung in den Quoten vorhanden ist, weßhalb ja, wie wir vorher sahen, dieselben reduzirt werden mußten. Von einer verschiedenen Behandlung desselben kann also begreiflich keine Rede sein, und so gestaltet sich das eben angeführte Beispiel so, daß A. Erbe auf $\frac{3}{16}$, B. auf $\frac{3}{16}$, C. auf $\frac{6}{16}$, D. auf $\frac{4}{16}$ ist, und die 6000 vertheilen sich demgemäß so, daß C. $= \frac{2250}{4} = 562\frac{1}{2}$, D. $= \frac{1500}{4} = 375$, A. und B., ein Jeder, $= 2531\frac{1}{4}$ erhalten.

2) Wenn nur einem Theile der eingesetzten Erben Theile angewiesen sind, den Andren nicht, so ist eine Ueberschwerung der Erbmasse offenbar nicht blos dann vorhanden, wenn die angewiesenen Theile wirklich mehr ausmachen, als den Bestand der Masse, sondern auch schon, wenn diese bestimmten Theile gerade die Erbmasse erfüllen. Für diese Fälle gelten nun folgende Regeln:

a) Wenn die Erben, denen überhaupt Theile angewiesen sind, blos auf *res certae* eingesetzt sind, so muß auch hier ganz so, wie vorher in dem Fall

bei l. c. entschieden werden. Setzen wir also z. B. ein Erblasser, welcher nur 1200 im Vermögen hat, setzt den A. auf 1200, und darneben den B. und C. **sine partibus** ein. Hier ist ein Jeder von allen Dreien Erbe zu ⅓, B. und C. behalten die Quart ihrer Portion zurück, also ein Jeder $\frac{400}{4}$ = 100, und A. erhält 1000.

b) Wenn dagegen ein Theil der Erben auf ideelle Theile, die Andern unbestimmt eingesetzt sind, so haben die Gesetze das eigenthümliche Auskunftsmittel festgestellt, daß hier angenommen werden soll, die Erbschaft bestehe nicht, wie sonst gewöhnlich, aus einem Aß, sondern, je nach Bedürfniß, aus zweien, dreien u. s. w. (ex asse fit dupondium, tripondium rel.), d. h. der Erblasser habe nicht 12 Theile, sondern 24 Theile, 36 Theile u. s. w. gemacht, §. 6. 8. J. h. t., l. 17. §. 2—5, l. 18, l. 20. §. 1, l. 53, l. 78. §. 2, l. 79, l. 87. h. t. Hat also z. B. der Testator gesagt, „ich setze den Titius und den Gajus, Jeden auf ½ zu Erben ein; Sejus und Sempronius sollen meine Erben sein", so wird angenommen, er habe Jeden der beiden Erstren nur auf ¼ eingesetzt, und demgemäß erhalten die unbestimmt Instituirten die Hälfte der Erbschaft. Ebenso wird verfahren, wenn der Erblasser mehr als ein Aß vertheilt, also z. B. den Titius und Gajus, Jeden auf ⅔, den Sejus unbestimmt eingesetzt hat, in welchem Falle Jeder der drei Erben ⅓ erhält. Hätte der Testator sogar zwei volle Asse erschöpft oder überschwert, so wird der Bruch um das Dreifache kleiner angenommen, und demnach erhält der unbestimmt Eingesetzte ⅓, wenn seine drei Miterben Jeder auf ⅔ instituirt waren. — Nur dann erhält der unbestimmt Instituirte nichts, wenn das Aß oder Dupondium u. s. w. gerade erfüllt ist, und der Erblasser ihn ausdrücklich auf das Uebrigbleibende eingesetzt hat, l. 17. §. 3, l. 78. §. 3, l. 79. h. t.

c) Sind einige Erben auf res certae, Andere auf quote Theile, und wieder Andre unbestimmt eingesetzt, so kommen hierbei ganz die Grundsätze bei I. b. zur Anwendung, und nur das ist hierbei zu beachten, daß der durch Bildung eines dupondium künstlich geschaffene Rest den heredes ex re certa und den heredes sine partibus zu gleichen Theilen zufällt, weil ja auch die Ersteren juristisch als heredes sine partibus scripti angesehen werden müssen. Setzen wir z. B. der Erblasser hätte den A. auf sein Haus, den B. auf ¼, den C. auf ¾, den D. sine parte zum Erben eingesetzt: so werden die Erbportionen so regulirt, daß B. Erbe ist auf ⅛, C. auf ⅜, und die andre Hälfte zu gleichen Theilen dem auf die res certa eingesetzten A. und dem sine parte instituirten D. zukommt, Jeder von Beiden also Erbe auf ¼ ist. In allem Uebrigen gelten, wie gesagt, vollständig die bei I. b. angedeuteten Grundsätze.

II. Der Erblasser hat keine Theile bestimmt. Für diesen Fall gilt die natürliche Regel, daß alle ernannten Erben zu gleichen Theilen berufen sind, §. 6. J. h. t., l. 9. §. 12, l. 35. pr. h. t. Doch müssen auch hiervon Ausnahmen angenommen werden, wenn ein anderweiter Wille des Testators ersichtlich ist, und zwar sind hier insbesondre folgende zu bemerken:

1) Wenn die Erbeinsetzungen in verschiedenen Sätzen vorgenommen sind, so erhalten die in einem Satze zusammen Genannten nur einen Theil. Wenn es also z. B. heißt: „Titius soll mein Erbe sein; Sejus und Mevius sollen

meine Erben sein", so erhält Titius die eine, die beiden Andren zusammen die andre Hälfte, l. 17. §. 4. fin., l. 59. §. 2. h. t., vgl. mit l. 11. eod.

2) Wenn einige unter den genannten Erben unter einem Kollektivnamen verbunden sind, so erhalten die so Verbundenen nur einen Theil. Wenn also z. B. der Erblasser sagte: „Titius und die Söhne meines Bruders Gajus sollen meine Erben sein", so bekommt Titius die ganze eine Hälfte, l. 13. h. t., und eine Anwendung hiervon findet sich auch in l. 11. C. de impub. et al. subst. (6, 26), wo die Disposition „Titius sammt seinen Söhnen und Sempronius sollen meine Erben sein" so ausgelegt wird, daß an Sempronius die Hälfte der Erbschaft fällt.

Beide genannten Ausnahmen fallen aber hinweg, wenn der Erblasser bei den in einem Satze oder unter einem Kollektivnamen Verbundenen hinzufügte, daß sie zu gleichen Theilen erben sollten, indem dann anzunehmen ist, daß jene Verbindung nur aus dem Streben nach Kürze hervorging, l. 13, l. 66. h. t, s. jedoch auch Seuffert's Arch. VIII. 151, Arch. für prakt. Rechtsw. III. S. 479 fgg.

3) Eine Ausnahme muß wohl auch dann angenommen werden, wenn der Erblasser sagte „meine Intestaterben sollen meine Erben sein", indem dann auch in Beziehung auf die Vertheilung der Erbschaft die Grundsätze der Intestatsuccession anzuwenden sein möchten, denn gewiß errichtete der Erblasser in solchem Falle ein Testament nur wegen der etwaigen anderweiten Dispositionen (Legate, Vormundschafts-Ernennungen u. dgl.). Dies kann aber in keinem Falle auch dann angenommen werden, wenn der Erblasser alle diejenigen einzeln zu Erben einsetzt, die auch schon ab intestato geerbt haben würden. Diese erhalten vielmehr gleiche Theile, sollte dies auch nach der gesetzlichen Erbfolge anders sein; und eben dies muß auch dann angenommen werden, wenn es z. B. heißt „meine Enkel, meine Bruderkinder sollen meine Erben sein".

III. Der Erblasser hat sich auf eine anderweite Theilbestimmung berufen. Hier ist entweder

1) die anderweite Theilbestimmung als Bedingung der Erbeinsetzungen hingestellt, und dann gelten natürlich ganz die Grundsätze von bedingten Erbeinsetzungen, l. ult. fin. de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Zu bemerken ist nur, daß man eine Bedingung stets dann annehmen muß, wenn der Erblasser auf so viel einsetzte, auf wieviel er selbst oder der Honorirte von einem Andren eingesetzt sei, l. 2. pr. fin. §. 1, l. 81. §. 1. h. t. — Oder

2) dies ist nicht der Fall, und dann ist zu unterscheiden, ob sich der Erblasser auf eine künftige, oder auf eine vergangene Theilbestimmung berufen hat. Ist im ersten Falle die Theilbestimmung unterblieben, so hielten einige Juristen die Erbeinsetzung für unwirksam, weil sie dieselbe als bedingte ansahen. Andre aber nahmen an, es verhalte sich hier so, als wären die Erben sine parte eingesetzt, und diese letztre Meinung ist in den Pandekten recipirt, l. 2. pr., l. 86. h. t. Findet sich aber im zweiten Falle keine Theilbestimmung vor, so ist die Erbeinsetzung ungiltig, l. 2. §. 1. h. t., l. ult. de bon. poss. sec. tab.

B. Von den Substitutionen.

Inst. II. 15. de vulgari substitutione, II. 16. de pupillari substitutione; Dig. XXVIII. 6. de vulgari et pupillari substitutione; Cod. VI. 26. de impuberum et aliis substitutionibus. — *Govean.* ad tit. D. de vulg. et pup. subst. (in opp. Lugd. 1562 p. 63 sqq.), *Gast*, comm. in tit. C. de imp. et al. subst. (in *Meerm.* thes. VI. p. 745 sqq.), *Scip. Gentilis*, tract. de substitutionibus (in opp. VII. p. 333 sqq.), *Ramos del Mansano*, praelectt. de vulg. et pup. subst. (in *Meerm.* thes. VII. p. 331 sqq.), *Papillonii* de substit. (in *Otton.* thes. IV. p. 670 sqq.), *Chiflet.*, de substit. (bei *Otto* V. p. 697 sqq.), *Finestres et de Monsalvo*, praell. ad tit. D. de vulg. et pup. subst. Cervar. 1752, Mühlenbruch XL. S. 248 fgg., Arndts in Weiske's Rechtslex. X. S. 654 fgg., Tewes, Syst. §. 43 fgg.

1) Einleitung. §. 450.

2) Vulgar-Substitution. §. 451.

Anm. 1. Ob es, wie eine subst. pupillaris tacita (Vgl. §. 453. Anm. 1), so auch eine subst. vulgaris tacita gebe, d. h. ob darin, daß der Erblasser Jemanden als Pupillarsubstituten berufen hat, auch liege, daß er denselben auch zum Vulgar-Substituten ernennen wolle, ist sehr bestritten. Die gemeine Meinung erklärte sich von jeher für die Annahme einer solchen subst. vulgaris tacita, (vgl. die bei Mühlenbruch XL. S. 269. Not. 32. Angeff.) und auch noch h. z. T. ist dies die herrschende Lehre, vgl. z. B. Westphal, von Testam. §. 718 fgg., Höpfner, Komment. §. 498. Not. 4, Mühlenbruch, Komm. XL. S. 267 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 365 fgg., Mayer, §. 35. Anm. 2, Arndts a. a. O. S. 665 fg., Fuchs im ziv. Arch. XXXVIII. S. 305 fgg., Munzinger, causa Cur. S. 15 fgg., Pernice in Bekker's Jahrb. I. S. 232 fgg., Tewes, Syst. §. 46. und die Lehrbb. von Thibaut §. 837, Mackeldey §. 669, Mühlenbruch §. 674, Wening (neueste von Fritz besorgte Ausgabe) §. 468, Puchta §. 478, Seuffert §. 543, Valett §. 979, Schweppe §. 812, Göschen §. 848, Sintenis III. §. 175. Not. 16, Arndts §. 497. Anm. 4, Brinz S. 778, Keller §. 489 u. s. w. Doch gab es auch schon früh Dissentienten, und namentlich fand die verneinende Meinung unter den ältern Juristen besonders an *Faber*, error. Pragmat. dec. 82. err. 9. 10, dec. 83. err. 1—4, und unter den Neuern an v. Wening in Gießer Zeitschr. III. No. 6 und 7 eifrige Vertheidiger. Ich muß im Ganzen (vgl. den Schluß dieser Anm.) die herrschende Lehre für die richtige halten, und zwar kommt es dabei wohl hauptsächlich auf folgende Punkte an:

1) Von eigentlich entscheidendem Gewichte ist nur die Auslegung der l. 4. h. t., indem dies allerdings die einzige Stelle im Korp. jur. ist, auf welche die Annahme einer s. v. t. gegründet werden kann.

> *Modestin.* libr. singul. de Heurematicis; „Jam hoc jure utimur ex D. Marci et Severi constitutione, ut, quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit. §. 1. Quod jus ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur; nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri, D. Pius constituit. §. 2. Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo: *eosque invicem substituo,* sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem, Severus et Antoninus constituit; incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, ut, si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur, si autem impubes heres extiterit, et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur: quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur; ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur; vel certe evitandae quaestionis gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem: sive heres non erit, sive erit et intra pubertatis annos decesserit“.

Betrachtet man diese Stelle unbefangen, so ist darin ganz entschieden die Möglichkeit einer subst. vulgaris tacita ausgesprochen. Gleich im Anfang ist der allgemeine Satz hingestellt: wer einem unmündigen Kinde für einen Fall substituirt, von dem wird angenommen, er habe auch für den andren Fall substituirt. Diese allgemeinen Worte blos auf die subst. *pupillaris* tacita beziehen zu wollen, ist schlechthin willkürlich, und zwar um so mehr, da unmittelbar darauf gesagt ist, daß dieser Satz auch auf ein *tertium* genus substitutionis bezogen worden sei. Jeder denkbare Zweifel an der Allgemeinheit dieses Satzes muß aber verschwinden, wenn man erwägt, daß derselbe in §. 2. nochmals wiederholt ist, und zwar in unmittelbarer Beziehung auf ein da vorgelegtes Beispiel einer *substitutio vulgaris tacita!* Dazu kommt nun noch die ganze Argumentation Modestin's in §. 2. Er sagt da, wenn Jemand einen unmündigen und mündigen Sohn sich gegenseitig substituire, so sei hier nicht auch in der subst. vulgar. die pupillaris enthalten, sondern der Vater müsse hier separatim in der Art disponiren „wenn mein mündiger Sohn A. mein Erbe nicht wird, so soll ihm B. substituirt sein; wird aber mein unmündiger Sohn B. Erbe und stirbt in der Unmündigkeit, so soll der mündige Bruder demselben substituirt sein“ *quo casu in utrumque eventum substitutus*

Intestaterben nicht zur Succession kommen könnten! (Was Pernice a. a. O. S. 283 gegen diese Deduktion, die er „außerordentlich schwach“ findet, einwendet, ist ganz unerheblich. Wenn er nämlich meint, es sei „geradezu unrichtig“, wenn man zur Erklärung der l. 28. cit. von der Voraussetzung ausgehe, daß der Substitut möglicher Weise ausgeschlagen habe, weil, wenn der Substitut ausschlage, er auch die Pupillar-Erbschaft nicht mehr erwerben könne: so übersieht er, daß dieser letztre Satz nur wahr ist, wenn der Pupill effektiver Erbe des Vaters geworden ist, während, wenn derselbe exheredirt ist oder abstinirt hat, der Substitut unbedenklich die väterliche Erbschaft ausschlagen und doch die Pupillar-Erbschaft erwerben kann, vgl. unten §. 454. Anm. Und wenn er ferner meint, der Intestaterben habe der Jurist gar nicht erwähnen können, weil ja an diese nach geschehener Abstention die Erbschaft gar nicht deferirt werde, so ist es freilich wahr, daß von einer weiteren Delation der Hereditas nicht die Rede sein kann; daß aber den Intestaterben eine bonor. possessio cum re in solchem Falle deferirt wird, dürfte wohl auch Pernice nicht in Abrede stellen wollen. Hiernach muß ich noch immer bei der Ansicht bleiben, daß die l. 28 cit. gar nichts gegen die subst. vulg. tacita beweis't, und so kann ich namentlich auch darin nicht mit Pernice übereinstimmen, daß wir wegen dieser l. 28. wenigstens für den Fall die subst. vulg. tacita verwerfen müßten, wenn der Unmündige von der väterlichen Erbschaft abstinirt habe. An innern Gründen für eine solche Unterscheidung zwischen dem abstinirenden und dem vor dem Vater versterbenden Unmündigen fehlt es aber m. E. gänzlich. Die subst. vulg. tacita beruht auf dem einfachen Gedanken, es sei im höchsten Grade wahrscheinlich, daß der Vater demjenigen, dem er seine Erbschaft zusammen mit der des Pupillen zuwenden wollte, dieselbe auch ohne die des Pupillen zu hinterlassen beabsichtige; und dieser Gedanke führt ganz eben so im Falle der Abstinenz wie im Falle des frühzeitigen Todes des Unmündigen zur Annahme der subst. vulg. tacita. Sie im letztren Falle annehmen, im erstren verwerfen zu wollen, erscheint mir als inkonsequente Halbheit. Uebrigens ist dieser ganze Streit ohne praktische Wichtigkeit; denn da der Pupill nicht leicht anders abstiniren wird, als wenn die väterliche Erbschaft insolvend ist, so wird der Substitut wohl immer repudiiren, und es wird ihm also in den meisten Fällen ziemlich gleichgiltig sein, ob er zu dieser Erbschaft berufen ist oder nicht. Anders wäre dies freilich, wenn man mit Pernice sagen müßte, daß der repudiirende Substitut jetzt auch von der Pupillar-Erbschaft ausgeschlossen sei; denn unter dieser Voraussetzung würde allerdings die Annahme einer subst. vulg. tac. regelmäßig entschiedene Nachtheile für den Substituten hervorbringen).

So unzweifelhaft mir nun auch nach der bisherigen Ausführung die Realität der s. g. subst. vulgaris tacita erscheint, so ist dies doch nicht so aufzufassen, als wenn immer und nothwendig die Anordnung einer Pup. Subst. auch die einer vulgaren involviren müßte. Vielmehr kann eine subst. vulg. tac., ganz ebenso wie eine subst. pupill. tac., durchaus nur dann angenommen werden, wenn nicht ein entgegenstehender Wille des Testator ermittelt werden kann, „ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragatur“, l. 4. cit. Einen Beleg hierzu enthält ja eben auch unsre l. 4,

wo die Annahme einer solchen subst. vulg. tac. in dem konkreten Falle wenigstens als möglicher Weise bestreitbar dargestellt wird, weil man aus der da vorkommenden bestimmten Gegenübersetzung der Pupill.= und Vulg.=Subst. einen abweichenden Willen des Testator zu folgern geneigt sein könnte. Es lassen sich aber natürlich solcher Fälle noch gar viele denken, und so würde ich z. B. schon dahin zählen, wenn der Testator geradezu erklärte: „A. soll der Pupillar=Substitut meines unmündigen Kindes sein", denn aus dem Gebrauche dieses technischen ganz bestimmten Ausdrucks scheint nicht undeutlich eine beschränkte Absicht des Testators hervorzugehen, und ganz unbestreitbar würde dies der Fall sein, wenn z. B. der Testator in einem solchen Falle das Wort: Pupillar unterstrichen hätte. So muß man denn auch offenbar der Ansicht derjenigen beistimmen, die die Zulässigkeit des Schlusses von der subst. pup. auf die vulg. dann in Abrede stellen, wenn der Testator zwei ganz verschiedene Testamente für sich und den Pupillen gemacht, oder wenn er angeordnet hätte, daß der Theil seines Testaments, welcher die Pupillar=Subst. enthält, bis zum wirklich erfolgten Tode des Pupillen verschlossen bleiben solle u. dgl. m., denn in allen solchen Fällen spricht sich deutlich genug die Absicht des Testators aus, für den Unmündigen gerade nur pupillariter substituiren zu wollen.

Anm. 2. Die jetzt gewöhnlich so ausgedrückte Regel: substitutus substituto est substitutus instituto hat einen doppelten Sinn. Einmal nämlich soll damit ausgedrückt werden, daß, wenn mehrere Grade von Substitution vorkommen, es nicht darauf ankommt, in welcher Reihenfolge die vorher berufenen Erben hinwegfallen, und daß also z. B. wenn dem A. der B., und dem B. der C. substituirt ist, C. auch dann die Portion des A. erhält, wenn zuerst der B., und dann erst der A. hinwegfällt, ohne die Erbschaft angetreten zu haben. Außerdem aber will man mit jener Regel auch den andren, sehr davon verschiedenen Satz ausdrücken, daß dann, wenn einem Erben ein andrer Erbe, und diesem wieder ein Extraneus substituirt ist, der Letztere, wenn er an die Reihe kommt, nicht blos die Substitutions=, sondern auch die Institutions=Portion seines Vorgängers empfängt, daß also der tertio gradu institutus insofern auch als secundo gradu institutus anzusehen ist. Man setze, dem A. ist einer von mehreren Miterben, der B., und diesem wieder der Extraneus X. substituirt, und nun fallen A. und B. hinweg, so bekommt X. nicht blos die Portion des A., sondern auch die ursprüngliche Institutionsportion des B. Vgl. l. 27, l. 41. pr. h. t., §. 3. J. de vulg. subst. Vergl. auch *Geiger*, de substituto substituti. Erl. 1768, Mühlenbruch XL. S. 366 fgg.

Anm. 3. Wenn die Miterben zugleich auch substituirt sind (was gewöhnlich so vorkommt, daß sie sich gegenseitig substituirt sind, s. g. substitutio reciproca s. breviloqua), so kommen mehrfache Eigenheiten vor, die dieses Verhältniß dem Anwachsungsrechte annähern, (vgl. *Reuter*, de substit. reciproca ejusque a jure accr. discrimine. Hal. 1750. *Clemann*, de recipr. cohered. subst., Lips. 1750, Mühlenbruch XL. S. 309 fgg.), und zwar namentlich folgende:

1) Wer als institutus angetreten hat, kann die Substitutions=Portion nicht mehr ausschlagen, sondern erwirbt dieselbe so nothwendig, daß es nicht

einmal eines besondren Antritts dafür bedarf, l. 35. pr., l. 76. pr. de acqu. v. om. her. (29, 2), l. 6. C. h. t.

2) Wer als institutus ausgeschlagen hat, kann auch nicht als Substitut zugelassen werden. Dies geht zwar nicht aus den dafür regelmäßig angeführten l. 23. und l. 45. §. 1. h. t., denn beide Stellen reden von einem ganz andren Falle (siehe unten), wohl aber aus dem allgemeinen Prinzip der l. 2. de acqu. v. om. her. (vgl. §. 498), aus der Analogie der Pupillar-Substitution (vgl. §. 454. Anm.) und aus l. 41. §. 4. h. t. (verb.: „quibus institutionum partes non agnoscentibus") hervor. Nach einer sehr verbreiteten Ansicht (die früher auch in diesem Lehrb. angenommen war) soll dies aber eine Eigenheit der wechselseitigen Substitution sein, während bei der einseitigen Subst. die Ausschlagung der Instit.-Portion nicht auch die Ausschließung von der Substit.-Portion zur Folge habe, und man beruft sich hierfür nicht ohne Schein auf l. 76. §. 1. de acqu. v. om. her.:

> *Javolen.* „Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut omittere velim aut vindicare".

Vergeblich sucht man nach einem innern Grunde dieser Unterscheidung, da unser obiger Grundsatz auf einem allgemeinen Prinzip beruht, welches eben so bei der einseitigen Substitution eines Miterben, wie bei der wechselseitigen Substitution der Miterben unter einander anwendbar ist, und gewiß mit Recht wird daher dieselbe auch von Leist observ. ad fr. 76. §. 1. de acqu. v. om. her. Jen. 1858 verworfen, ohne daß man jedoch seiner eigenen Erklärung der Stelle von Javolen beistimmen könnte. Wenn derselbe nämlich nach dem Vorgang von Löhr im ziv. Arch. XXII. S. 318 unterscheiden will, ob der Institut seine Portion durch *repudiatio* oder durch *omissio* verloren habe, indem er nur im ersten, aber nicht auch im zweiten Falle von der Subst.-Portion ausgeschlossen sei (vgl. auch Arndts im Rechtsler. X. S. 663. Not. 54 und Lehrb. §. 517. Anm. 4): so ist dies zwar mit den Worten der l. 76. cit. durchaus vereinbar, aber auch für diese Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Ausschlagung dürfte sich schwerlich ein genügender Grund auffinden lassen. M. E. behandelt Javolen gar nicht unsre Frage, sondern die davon wesentlich verschiedene: ob derjenige, welcher als Institut thatsächlich noch nicht angetreten hat (ohne aber deßhalb die Erbschaft verwirkt zu haben), dennoch aus der Substitution antreten könne, oder ob nicht die Antretung aus der Institution vorausgehen müsse? und auf diese Frage antwortet er in den Schlußworten, es sei gleichgiltig, über welche der beiden Portionen er sich ausdrücklich erkläre, [denn immer erwerbe er alle beide]. Vgl. Vangerow im ziv. Arch. XXXVII. S. 330 fgg., und s. auch *Machelard,* in der Revue histor. tom. IV. p. 446.

3) Die substituirten coheredes werden zu dem ihnen zufallenden Theile nach Verhältniß ihrer Institutions-Portionen gerufen, l. 5, l. 8. §. 1, l. 9, l. 24, l. 41. h. t. §. 2. J. h. t. Wäre neben ihnen noch ein Extraneus als Substitut gerufen, so erhält dieser eine Virilportion, und das Uebrigbleibende

wird dann in der vorher bemerkten Weise unter die coheredes vertheilt, l. 32. h. t.

4) Befinden sich unter den gegenseitig substituirten Erben conjuncti, und einer von diesen fällt hinweg, so kommen zunächst nur die übrigen conjuncti an die Reihe, l. 41. §. 4. h. t.

Ohneerachtet dieser nicht unbedeutenden Aehnlichkeiten (vgl. auch noch l. 19. pr. §. 1. de inj. rupt. test.) darf man aber doch nicht dem Gedanken Raum geben, daß die substitutio reciproca nichts andres sei, als etwa ein ausdrücklich vom Testator anerkanntes Accrescenzrecht, welches nur vor Justinian ein praktisches Interesse gehabt habe — nämlich den Kaduzitäts-Grundsätzen der lex Julia et Pap. Poppaea entgegen zu treten, vgl. l. un. pr. C. de caduc. toll. (6, 51) —, und welches seit Aufhebung der Kaduzität mit dem gesetzlichen Anwachsungsrechte ganz identisch sei; denn wenigstens ein wesentlicher Unterschied scheint mir unzweifelhaft in den Gesetzen begründet. Bei dem Anwachsungsrechte gilt nämlich die Regel: portio portioni accrescit, weshalb es nicht erforderlich ist, daß der Erbe selbst noch lebt, sondern auch den Erbeserben die wegfallende Portion zuwächst. Anders bei der subst. reciproca, denn coheredi substituto *vivo* defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur", l. 9. de suis et leg. hered. (38, 16), l. 23, l. 45. §. 1. h. t., l. 81. de acqu. v. om. her. (29, 2), und wenn Mayer, d. Recht d. Anwachsung S. 46 fgg., diesen Unterschied leugnet, so ist dies nur möglich, weil er mit Ignorirung der übrigen angeführten Gesetze von der unbewiesenen Behauptung ausgeht, daß die l. 81 cit. „ausschließlich nur vom Standpunkte des papischen Rechts aus sich erkläre"; vgl. auch Mühlenbruch cit. S. 325 fgg. — Den andren wesentlichen Unterschied, welchen man noch hervorzuheben pflegt (vgl. auch z. B. Mühlenbr. S. 331 fgg.), daß nämlich die Falzidische Quart verschieden berechnet werde, je nachdem die Portion des Miterben durch Anwachsungsrecht oder Substitution an den Erben falle, halte ich, wenigstens in der Gestalt, in welcher es aufgestellt zu werden pflegt, für unbegründet, obwohl eine kleine Verschiedenheit zwischen beiden Fällen allerdings Statt finden dürfte; vgl. hierüber §. 535 Anm.

3) Pupillar-Substitution.

Vgl. außer den oben Angeff. auch noch *Wilkens*, de pupill. substit. quaestiones quaedam. Berol. 1861.

a) Begriff. §. 452.

Anm. Wenn sich auch die Pupillar-Substitution im neueren röm. Rechte als ein Testament herausstellt, welches der Hausvater für sein unmündiges Kind errichtet, so daß der Pupillar-Substitut als Erbe dieses Kindes erscheint, und diese Idee natürlich nicht ohne praktischen Einfluß geblieben ist, so kann dies

doch gewiß nicht als der ursprüngliche Grundgedanke dieses Instituts angenommen werden. Als diesen muß man vielmehr ansehen, daß der Vater für sich selbst einen zweiten Erben ernennt, daß also die Pup.Subst. ursprünglich nur eine modifizierte Vulgar.-Subst. war. Eigenes Vermögen nämlich konnte das unmündige Hauskind zur Zeit des Todes des Vaters nicht haben, und was dasselbe später in der Unmündigkeit etwa erwarb, betrachtete man als Zuwachs zu der väterlichen Erbschaft, und insofern als der Disposition des Vaters unterworfen. Für diese Ansicht sprechen schon sehr bestimmt die althergebrachten Formeln für die Pupillar-Subst., wornach der Vater auf den Fall des frühen Ablebens seines Kindes für sich selbst einen zweiten Erben ernannte („heres secundus *mihi* esto"), vgl. z. B. Cic. de inv. II. 42, de orat. II. 32, l. 1. §. 1, l. 41. §. 8. h. t., l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Besonders aber spricht dafür, daß sich nur hierdurch nicht wenige, bei der Pup. Subst. noch im neuesten Rechte vorkommende Sätze genügend erklären lassen, während dieselben ohnedies als höchst singulär erscheinen müssen. Dahin gehört schon der in Anm. 1. zum vorigen §en berührte Satz, daß die Substitution für einen Fall auf beide Fälle zu beziehen sei. Dahin gehört ferner, daß der Vater nothwendig für sich selbst ein Testament errichten, also sich selbst einen ersten Erben ernennen muß, daß formell das väterliche Testament und die secundae tabulae als ein einziges Testament angesehen werden, l. 2. §. 4, l. 20. h. t., und daß, wer necessarius heres des Vaters ist, es auch als Substitut für den impubes wird, l. 2. §. 4, l. 10. h. t., l. 42. pr. de acq. v. om. her. (29, 2). Daraus erklärt sich ferner, daß der Substitut, den auch der Vater für sich zum Erben ernannt hat, wenn er dessen Erbschaft angetreten hat, nothwendig auch Erbe des Pupillen werden muß (s. §. 454. Anm.), und ebenso tritt auch jene alte Rechtsansicht noch in Betreff der Legate hervor, die dem Pupillar-Substituten aufgelegt werden, („pater *de suo* legat" vgl. §. 521. Anm. 2) namentlich auch in Rücksicht auf die Berechnung der Falzidischen Quart, indem diese, wenn dem Pupillen und dem Substituten Legate aufgelegt sind, im Wesentlichen so berechnet wird, wie wenn der Pup.-Subst. Vulgarsubstitut wäre (vgl. §. 535. Anm.). Vgl. *Gust. Alex. Frank*, de origine et natura vulg. ac pupill. subst. Jen. 1828, Wilh. Francke, das Recht der Notherben S. 458 fgg., *Gordan*, de leg. Falc. ratione in duplicib. test. p. 3 sqq., Keller, Institut. §. 282, Pand. §. 488, Munzinger, causa Cur. S. 11 fgg., Pernice in Bekker's Jahrb. I. S. 239 fgg., Tewes, Syst. I. S. 287 fgg.; s. auch die Andeutungen bei *Connan*, comm. jur. civ. lib. 10. c. 8. no. 1, Schweppe, Rechtsgesch. §. 446, Wening in Gießer Zeitschr. III. S. 147 fgg., *Schrader*, ad pr. J. de pup. subst., Mühlenbruch XL. S. 362. Not. 12, S. 474. Not. 40, Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 175. Anm. 2. Vgl. auch Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. VI. S. 373 fgg., Baron, Gesammtrechtsverh. S. 453 fgg.

Die scharfe Auffassung der hier angedeuteten Grundansicht dient aber nicht blos dazu, uns die innere Erklärung einer nicht unbedeutenden Zahl von Rechtssätzen möglich zu machen, die bei der einseitigen Auffassung des neueren Begriffs als einer Testaments-Errichtung für den Unmündigen sehr auffallend sein müssen, sondern sie überhebt uns auch einer nicht unbedeutenden logischen und systematischen

Schwierigkeit. Es ist nämlich unleugbar, daß dann, wenn man in dem Pupillarsubstituten nur einen Erben des Pupillen sieht, ein nur irgend präziser Begriff von Substitution im Allgemeinen gar nicht aufgestellt werden kann, und man es eben darum wahrhaft räthselhaft finden muß, daß doch die römischen Juristen nicht nur ein gemeinschaftliches Wort für zwei so heterogene Verhältnisse gebraucht, sondern dieselben auch stets in unmittelbarem Zusammenhang, und als ganz zusammen gehörig behandelt haben. Alles Auffallende verschwindet aber, nnd nicht nur das gemeinschaftliche Wort, sondern auch die zusammenfassende Darstellung erklären sich vollständig, wenn man in der Pupillarsubstitution ihrer ursprünglichen Idee nach nur eine modifizirte Vulgarsubstitution anerkennt.

b) Voraussetzungen. §. 453.

Anm. 1. Allgemein anerkannt ist es, daß es eine **subst. pupillaris** *tacita* gebe, d. h. in der Ernennung eines Vulgarsubstituten für das unmündige Hauskind auch die Anordnung einer Pupillarsubstitution begriffen sei, **l. 4. h. t., l. 4. C. h. t.** Aber auch hierbei kommt natürlich, ganz so wie im Falle der **s. vulg. tac.**, die Beschränkung vor, „**si voluntas parentis non refragatur**“ **legg. citt.**, und daraus erklärt sich von selbst, daß eine Pupillar-Subst. dann nicht angenommen werden darf, wenn Mehrere zu Erben eingesetzt und sich gegenseitig substituirt sind, welche **disparis conditionis** sind, welchen also nicht sämmtlich **pupillariter** substituirt werden kann, „**incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris**“. Dies kommt z. B. vor, wenn Jemand seine beiden Kinder, ein unmündiges und ein mündiges, oder wenn er sein unmündiges Hauskind und einen Extraneus zu Erben einsetzt und sich gegenseitig substituirt, **l. 4. §. 2, l. 45. h. t., l. 2. C. h. t., l. 6. C. de test. milit. (6, 21)**, und dasselbe tritt natürlich auch dann ein, wenn zwei Personen **disparis conditionis** eingesetzt sind, und ihnen ein Dritter gemeinschaftlich substituirt ist, **l. 4. C. h. t.** In diesen Entscheidungen können aber nicht sowohl Ausnahmen (wie jetzt auch wieder Pernice a. a. O. S. 229 fgg. annimmt), als vielmehr nur konsequente Anwendungen der richtig aufgefaßten Regel gefunden werden, und es versteht sich also von selbst, daß man nicht **stricte** dabei stehen bleiben darf, sondern sie überall in Anwendung bringen muß, wo aus der Ausdrucksweise des Erblassers oder andren Umständen die Absicht desselben, die Disposition auf die Vulgar-Subst. zu beschränken, mit Sicherheit erwiesen werden kann. Eine singuläre Bestimmung kommt dagegen allerdings in **l. 9. C. de instit. et subst. (6, 25)** vor. Hat nämlich Jemand seine Frau und seinen Postumus zu Erben eingesetzt, und für den Fall, daß der Letztre nicht geboren werde, einen Dritten substituirt, so soll, wenn der Postumus wirklich geboren wird, aber nachher in der Unmündigkeit wieder verstirbt, der Substitut nur dann zugelassen werden, wenn die Mutter schon vor dem Postumus gestorben ist. Wenn Viele auf diese Verordnung die allgemeine Ausnahme gründen wollen, daß die Annahme einer **subst. pup. tacita** stets dann wegfalle, wenn dadurch der Mutter des Pupillen die Erbschaft desselben

entzogen würde, wofür man sich denn auch wohl noch auf l. 8. C. h. t. und l. 6. C. de test. milit. (6, 21) berief, so ist dies schlechthin unzulässig, da die ganz singuläre l. 9. cit. (*„in hac specie“*, *„in hujusmodi casu“*) unmöglich ausgedehnt werden darf, und die beiden letztren Stellen ihren Entscheidungsgrund nicht aus einer Kollision des Pupillarsubstituten mit der Mutter des Unmündigen, sondern vielmehr aus der Eigenheit des testam. militare entnehmen. Bei diesem letztren nämlich fällt allerdings unsre gesetzliche Präsumtion hinweg, und wenn der Soldat nur *in primum casum* („si filius heres non erit“), also vulgariter substituirt hat, so behält es dabei sein Bewenden, wenn nicht erwiesen werden kann, daß er wirklich auch *in secundum casum* („si filius heres erit et decesserit“), also pupillarisch oder militärisch hat testiren wollen, l. 6. 8. C. citt. (Die neue Auslegung der l. 8. cit. von Pernice a. a. O. S. 226 fgg. daß der Kaiser bei dem *primus* casus an die pupillaris, bei dem *secundus* an die militaris substitutio gedacht habe, ist m. E. schlechthin unzulässig.) Vgl. überhaupt Wening in Gießer Zeitschr. III. S. 119 fgg., Mühlenbruch XL. S. 291 fgg., Fuchs im ziv. Arch. XXXVIII. S. 305 fgg., Elvers im prakt. Arch. IV. S. 1 fgg. S. 150, Munzinger, causa Curiana S. 22 fgg., Pernice in Bekker's Jahrb. I. S. 217 fgg. Die vier letztgenannten Schriftsteller behandeln besonders die Frage, ob die Annahme einer subst. pupill. tacita schon dann zu verwerfen sei, wenn nur der Wille des Erblassers zweifelhaft ist (Elvers, Munzinger), oder ob dies nur dann geschehen dürfe, wenn es gewiß ist, daß der Erblasser die Pupillar-Substitution hat ausschließen wollen (Fuchs, Pernice). Ich habe die letztre Meinung, die allein dem Wesen einer juris praesumtio entspricht, und überdies durch klares Gesetz begründet ist [l. 4. C. h. t.: „si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur“] von jeher vertheidigt, und ich glaube dies auch in den vorstehenden Erörtrungen, vgl. mit §. 451 Anm., deutlich genug ausgesprochen zu haben. Uebrigens ist wohl Pernice a. a. O. S. 243 mit seinem eignen richtigen Prinzip in Widerspruch, wenn er eine subst. pupill. tacita dann nicht zugeben will, wenn der Unmündige von der väterlichen Erbschaft abstinirt habe, und dann nachher in der Unmündigkeit verstorben sei; in solchem Falle könne der Substitut vielmehr nur als Vulgar-Substitut in die väterliche, aber nicht auch als Pupillar-Substitut in die Erbschaft des Pupillen gerufen werden. Man kann allenfalls zugeben, daß der Erblasser an diesen besondren Fall nicht gedacht habe; daß es aber gewiß sei, das er denselben habe ausschließen wollen, läßt sich sicherlich nicht behaupten, und wenn es also keinem Zweifel unterliegt, daß die subst. pup. *expressa* durch die Abstention des Unmündigen nicht beseitigt wird — auch nicht im Falle einer subst. *duplex* expressa —, so muß gewiß dasselbe auch bei einer subst. pup. *tacita* angenommen werden.

Anm. 2. Nicht selten wird der Satz aufgestellt, daß die Regel: substitutus substituto substitutus et instituto bei der Pupillar-Substit. wegfalle, und man beruft sich dafür auf l. 47. h. t. In gewisser Hinsicht ist dies auch ganz richtig, denn wenn ich z. B. meinem unmündigen Sohne A. meine unmündige Tochter B., dieser B. aber den X. pupillariter substituirt habe, so gilt der Letztre nicht auch als Pupillarsubstitut des A., vgl. l. 47. cit. (wo die der

exherebirten Tochter gemachte Substitution für den Fall, daß sie vor ihrer Verheirathung versterben werde, doch gewiß als eine freilich nicht gehörig ausgedrückte Pupillarsubstitution, nicht aber als blose subst. fideicommissaria aufgefaßt werden muß). Daß hier anders entschieden wird, als wenn die B. und der X. Vulgarsubstituten wären, beruht aber auf dem guten innern Grund, weil bei mehreren auf einander folgenden Vulgarsubstitutionen der letzte Substitut doch immer auf ganz dasselbe eingesetzt ist, wie der erste, und daher ein Nachrücken an die Stelle dieses Ersten sehr natürlich erscheint, während bei mehreren solchen Pupillarsubstitutionen das Objekt der zweiten von dem der ersten ganz verschieden ist. Diese Betrachtung führt aber von selbst dahin, daß, wenn bei einer Pupillarsubstitution mehrere Grade gemacht sind, allerdings die Pupillarsubstituten der folgenden Grade bei dem Wegfallen der ersten nachrücken müssen, und wenn also z. B. der Erblasser sagte: wenn mein Kind in der Unmündigkeit verstirbt, so soll der A., oder wenn dieser nicht kann oder will, der B., oder wenn dieser wegfällt, der C. Pupillarsubstitut sein, so wird ohne Zweifel, wenn der A. und B. wegfallen, der Pupillarsubstitut des dritten Grads, nämlich der C., gerufen, denn A. ist hier ja heres institutus des Kindes, und B. und C. sind gewöhnliche Vulgar-Substituten des A. Vgl. auch v. Löhr im ziv. Arch. IX. S. 115 fgg., Braun's Erörtr. S. 649 fgg.

Anm. 3. Daß der Vater, welcher pupillariter substituirt, seine eignen Notherben hierbei nicht zu berücksichtigen hat, versteht sich nach dem Gesichtspunkte des neueren Rechts, wornach ja die Substitution nur ein Testament für das unmündige Kind ist, von selbst. Eben so kann aber auch nach dem Recht der Pandekten und des Kodex von Berücksichtigung der Notherben des Kindes keine Rede sein, denn da dieses natürlich keine Deszendenten haben konnte, so fiel die zur Form der Testamente gehörige Verpflichtung, rite zu instituiren oder zu exherediren, von selbst hinweg, und auch von einer querela inoff. test. der Pflichttheilsberechtigten konnte nicht gesprochen werden, weil Niemand über Lieblosigkeit von Seiten des Kindes klagen konnte, denn dieses war ja gar nicht der Testator. Dieses ist auch der klare Inhalt der l. 8. §. 5. de inoff. test. (5, 2):

„Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit; nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescissum est, tunc enim pupillare valet".

Wenn doch Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. S. 83 fgg. hieraus vielmehr den Satz ableitet, daß solche Personen, welche zugleich Pflichttheilsberechtigte des Vaters und des Kindes seien, namentlich also Geschwister des letzteren, dann mit der Querel die secundas tabulas anfechten könnten, wenn sie in der Lage wären, auch das Testament des Vaters, obwohl nur zum Theil, anfechten zu können: so beruht dies auf einer handgreiflich falschen Auslegung des Schlusses unsrer Stelle, indem da offenbar nur eine Anwendung des bekannten Grundsatzes vorkommt, daß, wenn die primae tabulae ganz zusammenfallen, auch die secundae tabulae untergehen, während dieselben allerdings erhalten bleiben, wenn das väterliche Testament nur zum

Theil reszindirt wird; vgl. auch Thibaut im ziv. Arch. V. S. 345 fgg., Francke das Recht der Notherben S. 454 fgg., Mühlenbruch XL. S. 391. Zweifelhafter ist die Entscheidung der Frage, ob nicht jetzt nach Nov. 115. der Vater die Aszendenten des Unmündigen berücksichtigen müsse? Während sich die meisten Neueren mit Thibaut a. a. O. und Fuhr in seinen und Hoffmann's ziv. Vers. No. 6. gegen die bejahende Antwort Zimmern's a. a. O. erklären, nimmt umgekehrt Francke cit. dieselbe in Schutz, weil Alles, was zur Form des Testaments gehöre, der Vater nothwendig beobachten müsse, und nach Nov. 115. gehöre es zur Form, daß die Aszendenten instituirt würden, oder eine begründete Exheredationsursache angegeben werde. Ich halte die herrschende Lehre für die richtige. Abgesehen davon, daß man nach der Francke'schen Lehre, streng durchgeführt, zu der Absurdität kommen könnte, daß der testirende Vater auch sich selbst instituiren müsse: so möchte doch so viel gewiß sein, daß die von Justinian vorgeschriebene Form völlig denselben innern Grund hat, wie die materielle Verbindlichkeit zur Hinterlassung des Pflichttheils, nämlich die Pietät, und daß also auch dieselbe Argumentation, deren sich die römischen Juristen zur Abweisung jener materiellen Verbindlichkeit bedienen, angewendet werden muß, um die Beobachtung jener Form als unnöthig erscheinen zu lassen; vgl. auch Mühlenbruch cit. S. 391 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 384 fgg., Arndts im Rechtslex. X. S. 668. Hiermit stimmt auch ganz das kanonische Recht überein. Wenn nämlich auch die Schlußworte von c. 1. de testam. in 6to (3, 11):

> „Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potius est censendum",

sich nur auf das materielle Pflichttheilsrecht zu beziehen scheinen, so erhalten dieselben doch durch Verbindung mit der vorausgeschickten Geschichtserzählung eine weitere, auch das Notherbenrecht der Nov. 115. begreifende, Bedeutung; denn es lag ein Testament zur Beurtheilung vor, in welchem der Vater für sich und seine unmündigen Kinder Erben ernannt, die Mutter dieser Kinder aber bei den Pupillarsubstitutionen ganz übergangen, und derselben nur in seinem Testamente ein Vermächtniß ausgesetzt hatte.

Hiernach möchte als unzweifelhaftes Resultat der Satz anzusehen sein, daß der Vater bei Errichtung der secundae tabulae an keinerlei Verbindlichkeit des Notherbenrechts gebunden ist; vgl. auch außer den schon Angeff. noch die Lehr- und Handbb. von Wening §. 464, Seuffert §. 543, Puchta §. 478, Göschen §. 845, Sintenis III. §. 175. Not. 10 u. A. m.

c) Wirkungen. §. 454.

Anm. Bei der Frage, welchen Einfluß die Pupillar-Subst. auf die Erwerbung der väterlichen Erbschaft, und umgekehrt diese auf jene äußere, (vgl. Warnkönig in seiner und Roßhirt's Zeitschr. II. S. 1 fgg., Mühlenbruch Forts. XL. S. 419 fgg., Löhr im ziv. Arch. XXII. S. 315 fgg., Warnkönig

in der Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 286 fgg., Vangerow im civ. Arch. XXXVII. S. 328 fgg., Baron, Gesammtrechtsverh. S. 503 fgg.) kommt es auf folgende Gesichtspunkte an:

I. Der Pupillarsubstitut ist auch in dem väterlichen Testamente zum Erben eingesetzt. Wenn hier

1) der Substitut die Erbschaft des Vaters angetreten hat, so kann er die des Pupillen nicht mehr ausschlagen, so wenig, daß sogar, wenn er bei Lebzeiten des Pupillen verstorben ist, dieselbe ipso jure seinen Erben zufällt, l. 59. de acqu. v. om. her. (29, 2), l. 20. C. de jure delib. (6, 30). Wenn Warnkönig in Roßhirts Zeitschr. S. 4 fgg. und in Gieß. Zeitschr. S. 295 fgg. dies nur auf den Fall bezieht, wenn auch der Pupill Erbe des Vaters geworden ist, und dem Substituten dann, wenn das Kind erherebirt ist oder abstinirt hat, die Befugniß einräumt, die Erbschaft des Kindes auszuschlagen, so lassen sich für eine solche Beschränkung zwar wohl scheinbare innere Gründe anführen, wie man denn auch zugeben muß, daß die l. 20. C. cit. gerade nur den Fall entscheidet, wenn der Pupill auch zum Erben eingesetzt ist; aber die l. 59. cit. stellt unsren obigen Satz in solcher Allgemeinheit auf, daß man ohne große Willkür die von Warnkönig beliebte Beschränkung nicht in dieselbe tragen darf. Mit Recht erklären sich daher auch die weit Meisten gegen die Unterscheidung Warnkönig's; vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 432 fgg., Löhr cit. S. 338 fgg., Sintenis S. 452, Mayer, Erbr. I. §. 38. Anm. 8. Baron a. a. O. S. 511 fgg. u. A. m. Wie aber die Behauptung Mühlenbruch's S. 437 fgg.: „wenn zwei Miterben pupillariter substituirt, und Beide des Vaters Erben geworden seien, der Substitutionsfall aber erst nach dem Tode des Einen eintrete, so müsse angenommen werden, daß das Recht auf die Pupillarverlassenschaft sich nur auf den Ueberlebenden, nicht auch auf den Erben des Vorverstorbenen beziehe", wie, sage ich, diese Behauptung mit dem Ausspruch der l. 59. cit. in Einklang gebracht werden könne, kann ich nicht einsehen; denn dieses Gesetz auf den Fall zu beschränken, wenn blos ein Erbe des Vaters zum Pupillarsubstituten ernannt sei, dafür gibt es weder äußere noch innere Gründe.

2) Wenn umgekehrt der Substitut die Erbschaft des Vaters ausgeschlagen hat, so ist zunächst so viel entschieden, daß die ganze Pupillarsubstitution erlöscht, wenn der Substitut zum einzigen Erben des Vaters ernannt war, so daß durch die Ausschlagung desselben das Testament zum destitutum wird, l. 10. §. 4. h. t., l. 27. §. 2. ad SC. Trebell. (36, 1), und dieses ist selbst dann der Fall, wenn ein *suus heres* des Erblassers zum einzigen Erben eingesetzt ist, und derselbe abstinirt, denn obwohl man hier nicht sagen kann, daß das Testament zum destitutum werde, so wird es doch materiell durch diese Abstention des einzigen Erben entkräftet, „et qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi", l. 40. de acqu. v. om. hered. (29, 2), Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 87 fgg., Vangerow a. a. O. S. 342 fgg. Sind aber noch Miterben oder Substituten vorhanden, so muß allerdings unterschieden werden, ob der Pupillar-Substitut ein extraneus oder ein suus heres des Vaters ist.

a) Wenn der Pupillar-Substitut ein *extraneus* heres des testirenden

Vaters ist, so hängt Alles davon ab, ob auch der Pupill Erbe des Vaters geworden ist, oder ob dieser exheredirt ist, oder sich doch des benef. abstinendi bedient hat. Im ersten Falle, wenn der Pupill auch Erbe geworden, gilt die Regel, daß der Pupillarsubstitut, welcher die Erbschaft des Vaters ausschlug, auch die des Kindes nicht erwerben kann, Ulp. l. 10. §. 3. h. t.:

„Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero; *nam neque filii hereditatem habere possum*".

(Die Auslegung von Chesius, welche jetzt Baron a. a. O. S. 507 fgg. wieder aufgenommen hat, daß hier dem Substituten, welcher die väterliche Erbschaft ausgeschlagen, nur verboten sei, wenn ihm nachher die Pupillar-Erbschaft angeboten werde, zu separiren, aber nicht auch, dieselbe zusammen mit der des Vaters anzutreten, scheint zwar durch das idemque est in Verbindung mit dem Inhalt des vorhergehenden §. 2. unterstützt zu werden, ist aber m. E. nichts destoweniger mit dem klaren Wortsinn der Stelle in unvereinbarem Widerspruch). Im zweiten Falle dagegen, wenn der Pupill exheredirt ist, oder abstinirt hat, kann der Pupillar-Substitut allerdings, obwohl er die Erbschaft des Vaters ausgeschlagen, sich noch immer zu der des Kindes hinziehen; denn dies geht nicht nur vermöge des arg. a contrario aus l. 10. § 3. cit. hervor, sondern insbesondre auch noch aus l. 27. §. 5. ad SC. Treb. (36, 1) und nicht weniger aus l. 27. §. 2. eod., in welcher letzteren Stelle, wenn nicht ohne alle Noth eine unlösbare Antinomie angenommen werden soll, ein exheredirter oder abstinirender Pupill supponirt werden muß. Daß auch in l. 11. §. 1. eod. statt „*cum* filio ejus impubere" nach dem Vorschlag von Cujacius gelesen werden muß: „*exheredato* fil. ej. imp." kann hiernach kaum bezweifelt werden, Vangerow a. a. O. S. 338 fgg.

b) Wenn dagegen der Pupillarsubstitut ein *suus* heres des Vaters ist, so kann derselbe immer von der väterlichen Erbschaft abstiniren, und doch die Pupillar-Erbschaft erwerben, nicht blos dann, wenn der Pupill exheredirt ist, l. 41. de acqu. v. om. hered.:

Julian. „Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere",

sondern auch dann, wenn derselbe instituirt ist, l. 12. de vulg. et pup. subst. (28, 6):

Papinian. „Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Justius enim praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit; etenim jus dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere, praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent habita ratione facultatum in Falcidia non patris, ut alias solet, sed impuberis";

vgl. auch l. 40. de acqu. v. om. hered. (29, 2). Doch tritt hierbei die Eigenheit ein, daß im letztren Falle die Abstention von der väterlichen Erbschaft immer auch eine Separation des Theils der väterlichen Erbschaft, welcher in der Pupillar-Erbschaft enthalten ist, mit sich führt, und folgeweise auch in Betreff der dem Substituten auferlegten Vermächtnisse die Falzidische Quart nicht von dem väterlichen Nachlaß, wie dies sonst die Regel mit sich bringt (vgl. §. 535. Anm.), sondern von dem eigenen Nachlaß des Pupillen berechnet werden muß, l. 12. cit.; vgl. Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. S. 7 fgg., in Gieß. Zeitschr. S. 319 fgg., Löhr a. a. O. S. 334 fgg., Hoffmann in Sell's Jahrbb. I. S. 372 fgg., Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 78 fgg., Vangerow a. a. O. S. 341 fgg., *Pernice*, comm. duae. Hal. 1855. p. 93 sqq., Baron a. a. O. S. 520 fgg.

3) Aus dem Bisherigen ergiebt sich auch von selbst, wie zu entscheiden ist, wenn der Pupillarsubstitut sich zuerst über die Pupillar-Erbschaft erklärt haben sollte. Hat derselbe nämlich die Pupillar-Erbschaft ausgeschlagen, so muß dies in Folge des bei Nr. 1. Gesagten stets auch als Repudiation der väterlichen Erbschaft angesehen werden, und zwar ohne alle Rücksicht darauf, ob der Pupill Erbe seines Vaters geworden, oder exheredirt ist, oder abstinirt hat. Hat aber der Substitut die Pupillarerbschaft angetreten, so gilt dies, wenn er der einzige Erbe im väterlichen Testamente ist, immer auch als pro herede gestio oder immixtio in Betreff der väterlichen Erbschaft, l. 40. de acqu. v. om. hered. Sind aber noch Mit- oder Nacherben vorhanden, so kann er ungeachtet der Annahme der Pupillar-Erbschaft als suus heres sich noch immer der väterlichen Erbschaft enthalten, als extraneus heres dieselbe aber wenigstens dann zurückweisen, wenn der Pupill exheredirt war, oder von dem benef. abstinendi Gebrauch gemacht hatte.

II. Der Pupillarsubstitut ist nicht zur väterlichen Erbschaft gerufen. Wenn in solchem Falle das Kind exheredirt ist, so versteht es sich von selbst, daß der Pupillarsubstitut mit der väterlichen Erbschaft gar nichts zu schaffen hat, so wie er umgekehrt, wenn das Kind Erbe des Vaters geworden ist, das von dem Vater herkommende Vermögen aus der Erbschaft des Pupillen nicht ausscheiden darf, und namentlich also auch die Schulden des Vaters bezahlen muß, l. 10. §. 2. h. t., l. 28. de reb. auct. jud. (42, 5) [verb.: at quum substitutus filio rel.]. Ueber den Fall, wenn das Kind sich vermittelst des benef. abstinendi von der väterlichen Erbschaft losgemacht hat, waren die römischen Juristen selbst uneinig; denn während Javolen in l. 28. cit. und Julian in l. 42. pr. de acqu. v. om. hered. in starrer Festhaltung der früheren Grundidee der Pupillarsubstitution den Substituten auch in diesem Falle zur Zahlung der väterlichen Schulden für verpflichtet halten, verwerfen Marcellus und Ulpian diese Ansicht ausdrücklich, *Ulp.* in l. 42. cit.: „quae sententia a Marcello recte notata est". Daß hiernach diese letzte Ansicht des Ulpian auch als die im Justinianischen Rechte gebilligte anzusehen ist, und die l. 28. cit. sich nur durch ein Versehen der Kompilatoren in die Pandekten eingeschlichen hat, kann um so weniger zweifelhaft sein, da eine Entscheidung dieser Streitfrage zwar wohl in dem Titel: de acquirenda vel omittenda hereditate,

aber nicht auch in dem Titel: de rebus auctoritate judicis possidendis s. venumdandis zu erwarten ist. Wenn übrigens Viele (vgl. die bei Schult. ad l. 28. cit. Angeführten, tom. VI. p. 498 sqq.) den Widerstreit der beiden Stellen dadurch aufheben wollen, daß sie in dem hierher gehörigen Passus der l. 28. cit.: „idem in substituto filio herede servandum non est" das *non* streichen, so hat dieses allerdings den scheinbaren Grund für sich, daß dadurch ein besserer Gegensatz zu dem folgenden: At quum substitutus rel. zu entstehen scheint; aber doch muß diese Aenderung gewiß verworfen werden, indem nicht nur die Handschriften und Basiliken IX. 7. 27. (bei Heimb. I. p. 472) entgegenstehen, sondern auch der ganze Zusammenhang der Stelle dringend das *non* voraussetzt. Andre wollen in den Worten der l. 28. cit.: „postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati" den Schlüssel zur Vereinigung der beiden Stellen finden, und namentlich ist dieses auch die Meinung von Mühlenbruch XL. S. 419 fgg., welcher jeden Widerstreit derselben in Abrede stellt. Die Antwort Javolens in l. 28. cit. sei nämlich so aufzufassen: „zwischen dem Rechte des Pupillen und dem des Substituten findet sich allerdings ein erheblicher Unterschied. Nur jener kann abstiniren, dieser kann es nicht. Hat sich daher der Pupill eingemischt, so muß nunmehr der Substitut beide Erbschaften annehmen, oder beide ausschlagen". Nach dieser Auffassung verschwinde jeder Widerspruch mit l. 42. cit.; Javolen erkläre sich nur nicht ausdrücklich und direkt auf die vorgelegte Frage, indirekt verneine er sie aber sehr deutlich, in Uebereinstimmung mit Ulpian und Marcell, indem er sich blos über den Fall äußere, wo eine Verschiedenheit der Rechte des Pupillen und seines Substituten wirklich vorhanden sei. — Ich halte diese Auslegung für durchaus unzulässig. Nehmen wir auch wirklich die oben hervorgehobenen Worte: postquam pupillus etc. als echt an — obwohl dringende Gründe für die Meinung sprechen, daß dieselben nichts, wie ein unechtes Glossem sind, vgl. die bei *Schulting* l. c. Angeff., und Huschke a. a. O. S. 100 Not. 14 —, so stellt sich doch die wesentliche Voraussetzung der Mühlenbruch'schen Erklärung, daß sich nämlich Javolen nirgends über die vorgelegte Frage speziell äußere, als offenbar irrig heraus, indem der erste Theil des responsum („quod praetor filio" bis „non per patrem ad eum pervenit") sich sehr bestimmt gerade darauf einläßt. Javolen sagt hier nämlich offenbar nicht, wie Mühlenbruch glaubt, das benef. abstinendi stehe blos dem Pupillen, nicht auch dem Substituten des Pupillen zu, sondern sein Ausspruch lautet augenscheinlich, in direktem Widerspruch mit Ulpian und Marcell: „das Recht des abstinirenden Pupillen, für die Schulden des Vaters nicht haften zu müssen, steht nicht auch dem Substituten des abstinirenden Pupillen zu". Erst nachdem so Javolen die eigentlich ihm vorgelegte Frage direkt und ausdrücklich entschieden hat, wendet er sich in den folgenden Worten („At quum substitutus" rel.) zur Beurtheilung des zweiten Falls, wenn der Pupill sich immiszirt hat. Vgl. auch Löhr a. a. O. S. 328 fgg., Huschke a. a. O. S. 98 fgg., Baron a. a. O. S. 488 fg.

d) Erlöschung. §. 455.

4) S. g. Quasipupillar-Substitution. §. 456.

Vgl. außer den oben vor §. 450. Angeff. auch noch *Madihn*, opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris ejusque veram indolem continens. Hal. 1725, *Düffer*, ad constit. 9. C. de imp. et al. subst. Hal. 1848, *Hüffer*, de substitutione quasi pupillari. Vratisl. 1853.

Justinian. l. 9. C. de impub. et al. substit. (6, 26): Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium, nepotem, vel pronepotem cujuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere, ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filia aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios, quam ex eo descendentes, unum, vel certos, vel omnes substituere. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum unum vel certos vel omnes eandem fieri substitutionem oportet. — Hiermit zu verbinden ist die Relation Justinian's in §. 1. J. de pupill. subst. Nachdem nämlich im princ. von der Pupillarsubstitution gesprochen, und am Ende gesagt ist: »Nam moribus institutum est, ut, cum ejus aetatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant« fährt der Kaiser so fort: Qua ratione excitati etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut, si mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscunque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere. Sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

Anm. Ueber Begriff und Wesen der s. g. subst. quasi-pupillaris (auch wohl subst. exemplaris oder Justinianea genannt), sind unsre Juristen keines-

wegs einig. Während nämlich die früher und auch noch h. z. T. herrschende Lehre darin wesentlich nur eine Nachbildung der subst. pupillaris erblickt, und sie demgemäß namentlich auf das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen bezieht, vgl. z. B. außer der Mehrzahl der Lehr- und Handbücher (Thibaut §. 840. 9. Aufl. §. 858, Schweppe §. 813, Mühlenbruch §. 676, Seuffert §. 545, Wening §. 465, Göschen §. 849, Sintenis §. 176, Arndts §. 499, Brinz §. 184) noch Thibaut im ziv. Arch. V. S. 337 fgg., X. S. 217 fgg., Hunger, Erbr. S. 298. Not. 1, Francke, Notherbenr. S. 463 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 8 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 399 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 41, *Düffer* l. c. Hal. 1848. p. 18 sqq., *Hüffer* cit. p. 10 sqq., Arndts im Rechtsl. X. S. 672 fg.: so hat man in unsren Tagen mehrfach die anderweite Meinung vertheidigt, daß nämlich der Substitut nur auf dasjenige Vermögen Anspruch machen könne, welches von dem testirenden Aszendenten dem wahnsinnigen Kinde hinterlassen sei, vgl. Unterholzner im ziv. Arch. II. 5, v. Löhr das. V. 3. und IX. 7. 1, Puchta in Erl. Jahrb. V. S. 284 fgg., Gewohnheitsr. II. S. 68 fgg., Lehrb. §. 479, Fritz in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb. §. 465. Not. k, Fuhr in sein. und Hoffmann's ziv. Vers. Heft 1. S. 84 fgg., Vering, Erbr. S. 358 fg., Keller, Pand. §. 490, Tewes, Syst. I. S. 308 fg. Ich trage kein Bedenken, mich gleichfalls dieser letztren Theorie anzuschließen, und demgemäß die s. g. Quasipupillar-Substitution als die Erbeinsetzung zu definiren, welche ein Aszendent für seinen wahnsinnigen Deszendenten in Betreff desjenigen Vermögens vornimmt, welches der Testator dem Wahnsinnigen hinterlassen hat. Hierfür sprechen meiner Ueberzeugung nach überwiegende äußere und innere Gründe.

1) Zunächst kann es wohl kaum in Abrede gestellt werden, daß, wenn wir blos die Justinianische Konstitution hätten, in welcher diese neue Substitutionsart eingeführt wurde (die abgedruckte l. 9. C. de impub. subst.), die herrschende Lehre unmöglich hätte entstehen können. In derselben kommt nämlich auch nicht die leiseste Andeutung vor, daß einem solchen Substituten das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen zufallen solle, und eben so wenig ist dort auch nur entfernt ausgesprochen, daß die Pupillarsubstitution allgemein als Muster dieser neuen Substitution anzusehen sei, indem vielmehr nur in einer einzigen, ganz speziellen, Beziehung die Analogie der subst. pupillaris hervorgehoben wird. Es soll nämlich in der Anordnung einer subst. quasi-pupillaris eben so wenig eine Belastung des Pflichttheils gefunden werden dürfen, wie in der Ernennung eines Pupillarsubstituten, oder, wie die hierher gehörigen Worte der l. 9. cit. auch verstanden werden können, es soll eben so wenig, wie bei der subst. pupillaris, eine querela inofficiosi testamenti begründet sein, wenn der Testator bei dieser Substitution Pflichttheilsberechtigte übergangen hat. Welche dieser beiden Auslegungen man auch annehmen möge — beide sind gleich möglich, und geben einen gleich richtigen Sinn — so ist doch immer die Vergleichung mit der subst. pupillaris eine ganz spezielle, so daß daraus unmöglich der allgemeine Satz gerechtfertigt werden kann, welcher die Grundlage der herrschenden Theorie bildet. Vielmehr geht aus der ganzen Fassung des Gesetzes auf das Entschiedenste hervor, daß bei Einführung des neuen Instituts die Analogie der Pupillar-

substitution, wenn auch nicht ganz ignorirt wurde, so doch wenigstens völlig im Hintergrunde stand, und daß am Wenigsten eine solche Parallele das Grundprinzip der neuen Substitution sein sollte.

2) Viel bedeutender für die herrschende Theorie ist jedenfalls die Relation Justinian's in §. 1. J. de pupill. subst., denn nicht nur, daß hier von vorne herein dieselbe ratio für die neue und für die Pupillar-Substitution angenommen wird, so sind auch die da gemachten Vergleichungen zwischen beiden viel allgemeiner als in l. 9. C. cit. Der Aszendent, so heißt es hier, soll seinem wahnsinnigen Deszendenten, obwohl derselbe schon mündig sei, doch ad exemplum pupillaris substituionis gewisse Personen substituiren dürfen, und diese Substitution solle, auch wieder ad exemplum pupillaris substitutionis, erlöschen, wenn der Wahnsinn aufhöre. Daß aus dieser Ausdrucksweise die herrschende Lehre mit vielem Scheine abgeleitet werden kann, ist nicht zu verkennen; aber dieser Schein verschwindet, wenn man nur das wahre Verhältniß zwischen der Koderstelle, als dem eigentlichen Sitze des neuen Instituts, und der Institutionenstelle, als einer blosen Relation aus jener Verordnung, festhält, und in Folge davon anerkennt, daß die Institutionen aus dem Koder, nicht aber umgekehrt der Koder aus den Institutionen zu erklären sind. Mit andren Worten, wenn sich finden sollte, daß die in den Institutionen gezogene Parallele zwischen beiden Substitutionsarten sich auch mit dem Begriff der subst. quasi-pupill. vereinigen läßt, welcher uns rein aus der Betrachtung der l. 9. C. cit. entgegen tritt, so müssen wir dabei stehen bleiben, und dürfen nicht aus jener Parallele neue Konsequenzen ziehen, die zu einer Veränderung dieses Begriffs hinführen würden. Wirklich sind nun die in den Institutionen hervorgehobenen Analogieen der Art, daß dieselben auch nach unsrem oben angedeuteten und aus der l. 9. C. cit. gerechtfertigten Begriff der Quasipupillar-Substitution als passend erscheinen. Was nämlich

a) die von Justinian bemerkte paritas rationis anbelangt, so kann man dieselbe vollständig zugeben, ohne daß daraus ein nur irgend erhebliches Argument gegen unsre bisher vertheidigte Ansicht entlehnt werden könnte. Jene ratio nämlich — Mangel der Testirfähigkeit aus physischen Gründen — führte bei dem Unmündigen zu dem Rechtssatz, daß der Hausvater, und nur dieser, dem Unmündigen Erben bestimmen konnte, denen das gesammte Vermögen desselben zufiel; bei dem Wahnsinnigen aber führte ganz dieselbe ratio zu dem andren Rechtssatze, daß jeder Aszendent dem Wahnsinnigen Erben für den Theil des Vermögens bestimmen darf, welcher von dem testirenden Aszendenten an den Wahnsinnigen gelangt ist. Ist es denn etwas so Unerhörtes, daß ein und derselbe Grundgedanke sich in sehr mannichfaltiger äußerer Form manifestirt? und wie trotz der paritas rationis die eine Verschiedenheit in Betreff des zum Substituiren berechtigten Subjekts unleugbar besteht, warum soll nicht auch die andre, in Betreff des Objekts, damit zusammen bestehen können?

b) Wenn Justinian sagt, der Aszendent dürfe seinem wahnsinnigen Deszendenten ad exemplum pupillaris substitutionis gewisse Personen substituiren, so ist auch diese Aeußerung mit unsrer Ansicht von der subst. quasi-pupill. vollkommen verträglich. Jene Aeußerung hat nämlich offenbar nur den Sinn, daß, gleichwie es bei der subst. pupillaris vorkomme, daß Jemand für eine

dritte Person Erben ernennen dürfe, dies auch bei der subst. quasi-pupillaris der Fall sei; und diese Aehnlichkeit ist auch vollkommen begründet, obwohl man in Betreff der Gegenstände der Erbeinsetzungen wesentliche Verschiedenheiten anerkennen muß.

c) Was endlich noch die dritte von Justinian angedeutete Aehnlichkeit beider Substitutionsarten — Erlöschung durch Mündigkeit und resp. Genesung — anbelangt, so hat dies augenscheinlich mit unsrer Frage gar keinen Zusammenhang, indem jene Aehnlichkeit in ganz gleichem Maaße vorhanden ist, mag man die Substitution auf das gesammte, oder nur auf das von dem Testator herrührende Vermögen beziehen.

Hiernach enthält die Institutionenstelle offenbar nichts, was uns nöthigen könnte, unsre oben ausgesprochene Meinung über das Wesen der s. g. Quasi-pupillar-Substitution zurückzunehmen, sondern sie beweist nur, daß die Analogie der Pupillarsubstitution, die zur Zeit der Abfassung der l. 9. C. cit. noch fast ganz übersehen war, später deutlicher in das Bewußtsein Justinian's trat, und darum in den Institutionen umfassender hervorgehoben wurde, als dies in der l. 9. cit. der Fall war. Die nächste Veranlassung dazu gab wohl gewiß der Umstand, daß man bei Abfassung der Institutionen den Inhalt der neuen Konstitution nirgends besser anzuknüpfen wußte, als an die Lehre von der Pupillarsubstitution, was von selbst zu einer schärfern Vergleichung beider Institute hinführen mußte.

3) Ein sehr erhebliches Argument für die hier vertheidigte Meinung kann aus den Bestimmungen der l. 9. C. cit. über die bei einer solchen Substitution zu berücksichtigenden Personen entnommen werden. Wenn nämlich der Kaiser vorschreibt, daß der Testator nothwendig nur seine eigne, nicht wahnsinnige, Deszendenz (Kinder und resp. Geschwister des Wahnsinnigen) bedenken müsse, in deren Ermangelung aber substituiren könne, wen er wolle: so ist dies sehr verständig und billig, wenn die Substitution nur das von dem Testator selbst herkommende Vermögen betrifft, aber ganz unbegreiflich hart und unbillig nach der herrschenden Lehre. Setzen wir, ein Wahnsinniger hat einen frater consanguineus und einen frater uterinus, und die Mutter macht von ihrer Substitutionsbefugniß Gebrauch, so muß sie der herrschenden Lehre zufolge, das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen, mit völliger Uebergehung des frater consanguineus, dem frater uterinus zuwenden! Ja, noch mehr! Es kommt nach dieser Lehre die ganz unerträgliche Absurdität zum Vorschein, daß ein Aszendent unbeschränkter über das von einem andern Aszendenten herkommende Vermögen disponiren darf, als es diesem selbst möglich gewesen wäre. Denken wir uns in dem vorigen Beispiele den frater uterinus hinweg, und supponiren wir, daß das Vermögen des furiosus größten Theils aus dem Nachlaß des verstorbenen Vaters besteht, so darf jetzt die Mutter der communis opinio zufolge, ganz frei in dieses Vermögen substituiren, wen sie nur immer will, während der Vater selbst, von dem das Vermögen herkommt, wenn er von dem Substitutionsrecht hätte Gebrauch machen wollen, nothwendig und ausschließlich den frater consanguineus hätte substituiren müssen! Diese höchst auffallenden Unbilligkeiten und Inkonsequenzen werden vollständig beseitigt, wenn man der

Ansicht folgt, daß die Quasipupillar-Subst. nur auf dasjenige Vermögen gehe, welches der Testator selbst dem Wahnsinnigen hinterlassen hat.

4) Nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's steht das Recht, einem Wahnsinnigen zu substituiren, nicht etwa nur, wie bei der pupill. subst., dem Hausvater zu, sondern vielmehr einem jeden Aszendenten, ohne Unterschied des Geschlechts und des Grads, und es kann daher leicht und oft vorkommen, daß mehrere Aszendenten zusammen von diesem ihrem Rechte Gebrauch machen. Nimmt man nun mit der herrschenden Theorie an, daß die Quasipupillar-Substitution das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen ergreife, so drängt sich unabweislich die Frage auf, wie in einem solchen Kollisionsfalle zu entscheiden sei? Die Ansichten hierüber sind auch noch h. z. T. sehr verschieden. Manche nehmen besonders nach dem Vorgange von Donellus comm. jur. civ. VI. 27. eine gewisse Reihenfolge unter den testirenden Aszendenten an, und lassen demgemäß die Substitution des Vaters der der Mutter vorgehen, und ziehen dann ferner die Mutter den Großeltern, den väterlichen Großvater der väterlichen Großmutter, diese dem mütterlichen Großvater, und Letztren der mütterlichen Großmutter vor, Wening §. 465, Mejer in Schweppe's Hdb. §. 813. Not. 4, *Düffer* cit. p. 46, *Hüffer* cit. p. 84 sq. Andre nehmen diese Meinung nur mit der wesentlichen Modifikation an, daß zunächst die Substitution jedes einzelnen Aszendenten für das von ihm selbst herrührende Vermögen wirksam werden, und nur für das übrige Vermögen des Wahnsinnigen jene Reihenfolge Platz greifen soll, Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 28 fgg., Lehrb. §. 676, Puchta, Lehrb. §. 479 und Vorles. ad h. l., Sintenis §. 176. Andre behaupten, besonders nach dem Vorgange von Thibaut, die von mehreren Aszendenten ernannten Substituten ständen zu einander in dem Verhältniß von Miterben und müßten sich also gegenseitig beschränken, Thibaut, Syst. §. 840. und im ziv. Arch. V. S. 341 fgg., Hunger, Erbr. S. 298 fg., Fritz in Wening's Lehrb. §. 465; vgl. auch Mackeldey §. 671, Seuffert §. 545, Göschen §. 849, welche Letztren jedoch insofern von Thibaut abweichen, daß sie in Betreff des von jedem der Aszendenten dem Wahnsinnigen hinterlassenen Vermögens den von jedem derselben ernannten Substituten den Vorzug einräumen, und nur in Ansehung des anderweiten Vermögens die mehreren Substituten als Miterben behandeln. Wieder Andre endlich behaupten, daß nur die Substitution desjenigen Aszendenten gelten könne, welcher alle übrigen überlebt habe, *Gast* in Meerm. thes. VI. p. 760, Haimberger im ziv. Arch. XII. 18. Rechnet man nun noch mehrere Meinungen älterer Juristen hinzu, wie z. B. daß das zuerst errichtete Testament den Vorzug vor den übrigen haben müsse (occupantis melior est conditio!), oder umgekehrt, daß das zuletzt errichtete die früheren rumpire (nach Analogie des Falls, wenn eine Person mehrere Testamente macht), so ist hier eine so außerordentliche Meinungsverschiedenheit der Rechtslehrer sichtbar, daß schon dieses allein uns beweisen muß, wie schwankend der Boden sei, auf dem sie hier stehen. Wirklich sind nun aber auch alle diese vorgeschlagenen Auswege so willkürlich und singulär, daß man nothwendig zur Annahme eines derselben einer besondren gesetzlichen Vorschrift bedürfte, und könnte man überhaupt der Voraussetzung beitreten, auf welche dieser ganze Kollisionsfall basirt ist, so

dürfte kaum etwas übrig bleiben, als die Annahme, daß sich die mehreren Substitutionen gegenseitig aufhöben, und von einer subst. exemplaris praktisch nur dann die Rede sein könne, wenn gerade nur ein Aszendent von seiner Substitutionsbefugniß Gebrauch gemacht habe. — Aus dieser Erörterung geht soviel mit Bestimmtheit hervor, daß die Annahme, die Quasipupillar-Subst. beziehe sich auf das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen, zu einem Kollisionsfalle hinführt, dessen Entscheidung dringend eine gesetzliche Bestimmung erheischt, und der überdies so nahe liegt, daß dessen Auffindung nicht etwa ein geschärftes Nachdenken, oder eine mühsame Kombination erfordert, sondern auch dem Kurzsichtigsten bei ganz flüchtiger Betrachtung nicht entgehen kann. Nun kommt aber weder in dem Kodex noch in den Institutionen auch nur die leiseste Andeutung einer solchen Kollision vor, und daraus möchte denn doch wohl fast mit Nothwendigkeit zu folgern sein, daß die ganze Voraussetzung, auf welcher diese Kollision beruht, verworfen werden müsse, und daß also die Quasipupillar-Subst. nicht das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen ergreife, sondern sich nur auf dasjenige beziehe, was von dem Testator auf den Wahnsinnigen gekommen ist; denn daß unter dieser letztren Voraussetzung von einer solchen Kollision keine Rede sein kann, leuchtet von selbst ein.

5) Daß Jemanden die Befugniß zustehe, in ein ganz fremdes Vermögen Erben zu ernennen, ist eine so außerordentliche Anomalie, daß uns schon das allein gegen die herrschende Theorie mißtrauisch zu machen, vollkommen geeignet ist. Die Analogie der Pupillarsubstitution kann hier nicht entscheiden, denn dabei erklärt sich jene Erscheinung aus dem Fundamente jener Substitution, der väterlichen Gewalt (vgl. oben §. 452. Anm.). Bei der Justinianischen Substitution kommt es nun anerkannter Weise auf väterliche Gewalt gar nicht an, und so fehlt es denn bei ihr an allem und jedem zivilistischen Erklärungsgrunde für eine solche Abnormität. Wenn ich nun auch zugebe, daß eine solche Betrachtung bei Erklärung einer Justinianischen Konstitution nicht gerade den Ausschlag geben kann, so kann man ihr aber doch gewiß nicht alle Beweiskraft absprechen, namentlich, wenn es sich um einen so auffallenden Verstoß contra rationem juris handelt, wie in dem vorliegenden Falle. Dennoch aber hat man das auffallend Anstößige einer solchen Bestimmung dadurch zu erklären versucht, daß der Zweck, welchen Justinian durch die Einführung dieses neuen Instituts habe erreichen wollen, nothwendig dahin habe führen müssen, denn dieser sei gewiß kein andrer gewesen, als den schutzlosen Wahnsinnigen gegen die Lebensnachstellungen von Seiten habgieriger Intestaterben zu sichern, vgl. bes. Thibaut in den angeff. Abhh. Diese Annahme muß aber sicher als eine völlig willkürliche zurückgewiesen werden, indem auch nicht die leiseste Andeutung eines solchen Motivs in den Gesetzen vorkommt. In der l. 9. C. cit. spricht sich vielmehr folgende einfache und recht verständige Grundidee des neuen Instituts aus: wenn Jemand wahnsinnige Deszendenten hat, so soll er gegen dieselben zwar alle Rücksichten des Notherbenrechts nehmen; jedoch erscheint es der Billigkeit angemessen („humanitatis intuitu parentibus indulgemus"), demselben für den Fall, daß der Deszendent im Wahnsinn verstirbt, zu erlauben, über das diesem Hinterlassene, abgesehen von einigen subjektiven Beschränkungen, so zu

verfügen, wie wenn der Wahnsinnige gar nicht da gewesen wäre, und also in Betreff dieses Vermögenstheils einen Nacherben, einen Substituten, zu ernennen. Vor der l. 9. C. cit. konnte nämlich ein solch' billiges Verlangen des Aszendenten (abgesehen natürlich von dem Falle eines besonders erlangten kaiserlichen Privilegs, l. 43. de vulg. et pupill. subst.) nur sehr unvollständig durch Anordnung eines Fideikommisses realisirt werden, indem dabei theils die Grundsätze über Nichtbelastung des Pflichttheils, theils die Vorschriften der lex Falcidia und des SC. Pegasianum wesentliche Beschränkungen herbeiführten, welche jetzt durch die l. 9. C. cit. aufgehoben werden sollten; und so entstand denn durch dieses letztre Gesetz ein Institut, was zwar in mehrfacher Beziehung Vergleichungen mit der Pupillarsubstitution zuläßt, aber weit davon entfernt ist, eine eigentliche Nachbildung derselben zu sein.

6) Ein nicht ganz unbedeutendes Argument für unsren Begriff von Quasipupillar-Subst. kann endlich auch noch aus l. 7. §. 1. C. de curat. fur. (5. 70) entnommen werden. Justinian bestätigt hier nämlich die l. 9. C. cit. mit folgenden Worten: „Si autem parentes ab hac luce decedere contigerit, nostra constitutio, quam promulgavimus de his, quae in testamento furioso relinquenda sunt, *vel substitutione eorum*, in suo robore permaneat". Das *eorum* kann nämlich, wie aus dem verschiedenen Numerus erhellt, nicht auf das *furioso*, sondern nur auf *ea, quae furioso relinquenda sunt*, also auf das Objekt der Substitution bezogen werden, so daß demnach Justinian die Quasipupillar-Substitution als eine Substitution in das dem Wahnsinnigen hinterlassene Vermögen zu charakterisiren scheint. —

Durch diese Bemerkungen scheint mir vollständig die Ansicht gerechtfertigt zu sein, daß die s. g. Quasipupillar-Subst. sich nur auf dasjenige Vermögen beziehe, welches der Testator dem wahnsinnigen Deszendenten hinterlassen hat, und daß also in dieser Rücksicht nicht sowohl eine Parallele mit der pupillar. subst., als vielmehr mit der s. g. subst. militaris (l. 15. de vulg. et pup. subst., l. 5. de test. milit.) gezogen werden müsse. — Schließlich sind hier noch einige Bemerkungen hinzuzufügen, welche die Anwendbarkeit dieser neuen Substitution betreffen:

a) Löhr a. a. O. vertheidigt die Meinung, daß durch eine spätere Verordnung Justinian's, nämlich l. 7. C. de curat. furios. (5, 70), indirekt die Sphäre der eigentlichen Quasipupillar-Subst. wesentlich verengert worden sei. Da hier nämlich verordnet sei, daß die einem Wahnsinnigen deferirte Erbschaft demselben nur dann wirklich erworben werde, wenn er suus heres des Erblassers sei, in allen übrigen Fällen aber nur von dem curator furiosi eine interimistische B. P. in der Art erbeten werden könne, daß die Erbschaft nach dem im Wahnsinn erfolgten Tode an die anderweiten Erben des Erblassers falle: so leuchte von selbst ein, daß in allen Fällen der letztren Art die von dem Erblasser angeordnete Substitution nicht eine quasi-pupillaris sei, sondern nur als eine *vulgaris* erscheine, und blos den Grundsätzen dieser letztren unterworfen sei. Gewiß aber sind die Prämissen, von denen hier Löhr ausgeht, daß nämlich gar kein wirklicher Erbschaftserwerb von Seiten eines Wahnsinnigen möglich sei, wenn er nicht die Eigenschaft eines suus heres habe, unbegründet, vgl. meine Abh.

im ziv. Arch. XXX. 1. S. 21 fgg., und damit fällt auch von selbst die Folgerung hinweg, welche Löhr daraus zieht. Ueberdies spricht aber auch gegen eine solche Beschränkung noch besonders die ausdrückliche Bestätigung der Quasipupillar-Substitution in l. 7. cit. §. 1, und gewiß sind auch die Worte: „id est *vel substitutum*" in l. 7. cit. §. 8. nicht blos auf einen Vulgar-, sondern auch auf einen Quasipupillar-Substituten zu beziehen. Hiernach muß vielmehr als das einfache Ergebniß der kombinirten l. 9. und l. 7. citt. folgender Satz aufgestellt werden: wenn ein Parens sein wahnsinniges Kind zum Erben eingesetzt hat, und dieses nachher im Wahnsinn verstirbt, so kommt die ihm hinterlassene Erbschaft an den vom Parens angeordneten Quasipupillar-Substituten, oder, wenn kein solcher ernannt ist, an die nächsten Intestaterben des Parens; vgl. auch meine angef. Abh. S. 37 fgg.

b) Puchta, Gewohnheitsr. a. a. O. billigt zwar die richtige Auslegung der l. 9. C. cit., glaubt aber, daß von dieser theoretischen Erkenntniß h. z. T. kein praktischer Gebrauch zu machen sei, weil sich ein abweichendes Gewohnheitsrecht gebildet habe, was zwar wohl durch jenen Irrthum veranlaßt worden, dessen eigentliche Quelle aber nicht in dieser irrigen Auslegung zu suchen sei, sondern in einem gemeinsamen Rechtsgefühl der Kundigen des Volks, wonach ein solcher Satz als die Befriedigung eines rechtlichen Bedürfnisses erschienen sei. Ich halte die Voraussetzungen, von welchen hier Puchta ausgeht, für unbewiesen. Zunächst nämlich möchte es noch keineswegs feststehen, daß sich eine wirklich konstante Praxis im Sinne der herrschenden Theorie gebildet habe; das Gegentheil wenigstens versichert Voet, dessen Zeugniß um so unverdächtiger ist, da er theoretisch unbedenklich die andere Ansicht vorzieht. Er sagt nämlich (ad Pandd. XXVIII. 6. n. 33. fin.): „Moribus sane hodiernis, sive pater sive mater exemplarem fecerit substitutionem, sive ambo simul, nil praeter bona a substituente profecta ad substitutum devolvitur — — —; neque ultra substitutio exemplaris videtur in usu mansisse". Sollte sich aber auch wirklich, wie freilich bewährte Auktoritäten versichern, eine anderweite Praxis gebildet haben, so möchte dieselbe doch wohl schwerlich aus einem Rechtsgefühl der Kundigen des Volks hervorgegangen sein, sondern ihren einzigen und alleinigen Grund in jenem theoretischen Irrthume haben, und so steht an und für sich nichts im Wege, daß nicht auch hier richtigere theoretische Erkenntniß eine Aenderung in der Rechtsprechung hervorrufen könnte, wie dies bekanntlich namentlich in unsren Tagen in vielen andren Fällen wirklich geschehen ist. Freilich ist dazu vor der Hand nur geringe Aussicht vorhanden, da, wie schon oben bemerkt ist, die große Mehrzahl unsrer heutigen Juristen die hier bekämpfte Ansicht für die gesetzlich begründete hält, und unter diesen Umständen dürfte es allerdings kaum gebilligt werden, wenn ein einzelner Richter seine individuelle Meinung einer entschiedenen communis opinio entgegenstellen wollte.

III. Von Ungiltigkeit der Testamente.

Inst. II. 17. quibus modis testamenta infirmantur; Dig.

XXVIII. 3. de injusto, rupto, irrito facto testamento. — Mühlenbruch, Komm. XXXVIII. S. 118 fgg., XXXIX. S. 1 fgg., Heimbach im Rechtslex. X. S. 922 fgg.

A) Im Allgemeinen. §. 457.

Anm. So gewöhnlich auch die Behauptung ist, daß ungiltige und unwirksame Testamente durch Anerkennung von Seiten der Intestaterben konvaleszirten, so kann dieselbe doch in dieser Allgemeinheit unmöglich gebilligt werden. Offenbar nämlich muß zwischen reszissibelen und solchen Testamenten unterschieden werden, welche *ipso jure* nichtig oder infirmirt sind, denn so gewiß es ist, daß die Erstren in voller Giltigkeit bleiben, wenn die Intestaterben sie anerkennen, und also von ihrem Reszissionsrechte keinen Gebrauch machen, eben so unzweifelhaft muß in Betreff der letztren das Gegentheil behauptet werden (vgl. Bd. I. §. 126. Anm.). Hat nämlich in einem Falle der letztren Art der nächste Intestaterbe vermittelst Vertrags mit den eingesetzten Erben das Testament anerkannt, so kann dies juristisch so aufgefaßt werden, daß der Intestaterbe die ihm deferirte Erbschaft angetreten und sie dann sogleich an den Testamentserben veräußert hat, so daß nun das ganze Verhältniß nach den allgemeinen Grundsätzen über venditio hereditatis beurtheilt werden muß, vgl. auch Mühlenbruch XXXVIII. S. 134 fgg. Ist aber die Anerkennung in andrer Weise, nicht durch Vertrag mit dem Testamentserben, erfolgt, so kann der Letztre daraus natürlich kein Recht gewinnen, sondern es kann jene Anerkennung nur als Repudiation der Erbschaft von Seiten des nächsten Intestaterben aufgefaßt werden, so daß nun die folgenden Intestaterben, oder in deren Ermangelung der Fiskus an die Reihe kommen. — Von den bisher betrachteten Fällen ist aber noch der andre wohl zu unterscheiden, wenn ein Rechtsstreit über ein angeblich fehlerhaftes Testament durch Vergleich zwischen Testaments- und Intestaterben entschieden ist. Hiervon handeln namentlich zwei Stellen von Scävola, die sich dem Anschein nach widerstreiten, und zu sehr verschiedenartigen Vereinigungsversuchen Veranlassung gegeben haben (vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 159 fgg.). Es sind dies nämlich die l. 3. pr. und l. 14. de transact. (2, 15). Die l. 3. pr. cit. lautet so:

„Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre".

In der l. 14. cit. aber sagt Scävola:

„Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta certa lege finita est; quaero, creditores quem

convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est".

Während also im Falle eines Vergleichs in der ersten Stelle die Legatare blos an den Testamentserben gewiesen werden, sollen sich nach dem zweiten Gesetze die Kreditoren an beide Transigenten zugleich halten dürfen. Daß es hierbei nicht auf den Unterschied zwischen Kreditoren und Legataren ankommen kann — wie man bei dem ersten Anblick freilich anzunehmen geneigt sein möchte, und wie auch wirklich Viele annehmen, vgl. bes. *A. Faber*, Rational. ad Pandd. ad h. l. —, das geht, abgesehen von entscheidenden innern Gründen, schon bestimmt genug aus der Ausdrucksweise in l. 8. cit. hervor, wo manumissi und Legatare offenbar nur Beispielsweise genannt sind *(„pro oneribus hereditatis")*. Offenbar muß man vielmehr auch hier von dem Unterschiede zwischen einem blos reszissibelen und einem nichtigen Testamente ausgehen. Von dem erstren und zwar namentlich von einem testamentum *inofficiosum* (vgl. auch l. 29. §. 2. de inoff. test.) redet die l. 8. cit., und entscheidet da sehr konsequent, daß Legatare [und Kreditoren] sich nur an den Testamentserben halten können, eben weil ja durch den Vergleich die wirkliche Reszission abgewendet ist, und also das Testament in voller Kraft bestehen bleibt. Die l. 14. cit. spricht aber von einem Vergleiche über ein angebliches testamentum nullum und entscheidet dabei, daß Kreditoren [und Legatare] beide Transigenten gleichmäßig mit utiles actiones belangen sollen, was wieder als ganz natürlich erscheint, da hier ja, anders wie in dem vorigen Falle, ungeachtet des Vergleichs die Frage über die juristische Existenz des Testaments noch immer ungelöst bleibt, und es bei dieser objektiven Ungewißheit doch gewiß das Natürlichste ist, auch für die übrigen Interessenten dieselbe Norm entscheiden zu lassen, welche die Hauptinteressenten durch den Vergleich für sich anerkannt haben; vgl. auch Basilic. XI. 2. fr. 14. schol. 1. und 5. bei *Heimb*. I. p. 686 sqq., *Schulting*, Notae ad Dig. ad l. 14. cit. (bes. Smallenb. in not. 4), tom. I. p. 382 sqq., Glück V. S. 83 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 155 fgg. Ist dies aber wirklich der Gedanke Scävola's, wie wohl nicht bezweifelt werden kann, so versteht es sich auch von selbst, daß dann, wenn durch den Vergleich der Intestaterbe nicht eine Quote der Erbschaft bekommt, sondern in andrer Weise abgefunden wird, Kreditoren und Legatare sich nur an den Testamentserben halten können, so wie umgekehrt, wenn der Testamentserbe anderweitig abgefunden, und der heres legitimus als einziger Erbe anerkannt wird, möglicherweise das Edikt: si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, Anwendung finden kann, l. 2, l. 4. §. 1. si quis om. c. test. (29, 4). Vgl. auch überhaupt Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 180, Heimbach a. a. O. S. 930 fgg.

Ueber die Frage, unter welchen Bedingungen derjenige, welcher ein Testament anerkannt hat, dieses später doch anfechten könne, um dagegen entweder sein Intestaterbrecht oder Rechte aus andren letztwilligen Dispositionen

geltend zu machen, und wie weit ihm dergleichen Ansprüche bleiben, wenn das von ihm anerkannte Testament von Andren umgestürzt wird? vgl. Francke im ziv. Arch. XIX. 7, Komm. über den Pand.-Titel de hered. petit. ad leg. 8. S. 126 fgg., Heimbach a. a. O. S. 925 fgg., Bähr, Anerkennung S. 195 fgg.

B) Insbesondere.

1) Vom testamentum irritum factum. §. 458.

Mühlenbruch XXXIX. S. 10 fgg.

Anm. Daß nach Zivilrecht ein testamentum irritum factum, d. h. ein solches, welches durch eine spätere capit. deminutio des Testators hinfällig geworden ist, abgesehen von den für uns unpraktischen Fällen der fictio legis Corneliae und des jus postliminii (§. ult. J. quib. non est perm. test. fac.), ungiltig bleibt, wenn auch der Testator seinen früheren Status wieder erhält, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, und wird auch allgemein angenommen. Eben so unzweifelhaft ist es aber auf der andern Seite, daß nach prätorischem Rechte dann, wenn der Erblasser nach errichtetem Testamente eine capitis deminutio *minima* erlitten hat, aber vor seinem Tode wieder testamentsfähig geworden ist, eine bonor. possessio secundum tabulas begründet ist, §. 6. J. quib. mod. test. infirm. (2, 17):

> „Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae ab initio jure facta propter capitis deminutionem irrita facta sunt; nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus, et *suae potestatis mortis tempore fuerit*";

vgl. Gai. II. 147, Ulp. XXIII. 6, l. 1. §. 8. fin. de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Diese bonor. possessio ist aber regelmäßig, in Gemäßheit allgemeiner Prinzipien (vgl. §. 399) *sine re*, d. h. jeder zivile Intestaterbe kann dieselbe durch wirksame actio oder exceptio entkräften, Gai. II. 148. 149, Ulp. XXIII. 6, und nur in drei Fällen wird dieselbe ausnahmsweise zu einer bon. possessio cum re:

1) Wenn kein ziviler Intestaterbe vorhanden ist, oder, was auf dasselbe hinausläuft, wenn der vorhandene die Erbschaft ausschlägt, oder vor der Erbschaftserwerbung hinweggefallen ist, Gai. und Ulp. citt., s. auch Ulp. XXVIII. 13.

2) Wenn der bonorum possessor selbst der nächste Intestaterbe ist, l. 12. pr. de inj. rupt. (28, 3). Nachdem in dieser Stelle nämlich das schon oben (§. 398. Anm.) berührte Reskript von Hadrian angeführt ist, wornach der eingesetzte Erbe dann, wenn das Testament durch agnatio postumi rumpirt, der postumus aber bei Lebzeiten des Erblassers wieder verstorben ist, eine bon. poss. secundum tabulas *cum re* haben soll, fährt Ulpian so fort:

> „Idem et circa injustum et *irritum* testamentum erit dicendum, *si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit*".

3) Wenn der Erblasser, nachdem er die Testaments-Fähigkeit wieder erlangt hat, ausdrücklich erklärt hat, daß er das Testament aufrecht erhalten wissen wolle, l. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Hier sagt nämlich Papinian:

„Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali submovebitur, quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur; sed de viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur".

Also: der Erblasser hat sich nach errichtetem Testament arrogiren lassen, ist aber als homo sui juris verstorben; der in dem Testamente eingesetzte Erbe hat die bonor. possessio secundum tabulas agnoszirt, und tritt hierauf mit der hereditatis petitio possessoria gegen die zivilen Intestaterben auf; die Frage ist, ob er mit dieser Klage durchdringt? Papinian antwortet: regelmäßig wird diese Klage durch eine exceptio doli unwirksam gemacht (— die bon. poss. ist also der Regel nach sine re —); wenn aber der Erblasser, nachdem er sui juris geworden, ausdrücklich das Testament bestätigt hat, so können die Intestaterben, weil sie entschieden den Willen des Erblassers gegen sich haben, jene exceptio nicht mit Wirksamkeit gebrauchen (— und die bon. possessio ist also in diesem Falle cum re —). Am Schlusse der Stelle beseitigt Papinian noch den möglichen Einwand, daß ja nach dieser Entscheidung ein Testament durch blosen Willen entstehe, durch die Bemerkung, daß es hier sich nicht um Sein oder Nichtsein eines Testaments handle — denn jedenfalls ist ein nach prätorischem Recht giltiges Testament vorhanden, *„nam testamentum valet"*, vgl. l. 8. §. 3. de jure codicill. (29, 7) —, sondern nur um die Zulassung oder Nichtzulassung der exceptio doli, wobei es allerdings wesentlich darauf ankomme, ob der, welcher die Einrede gebrauchen wolle, den Willen des Erblassers für sich habe oder nicht. —

Vgl. Leist, bon. poss. Bd. II. Abth. 1. S. 270 fgg., Fein, Komm. XLIV. S. 62 fgg., XLV. S. 302 fg. Anm. 31, *Hingst*, bon. poss. p. 221 sqq., *Jansson*, de origine bon. poss. p. 134 sqq., s. auch Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 179. Anm. 6, Heimbach a. a. O. S. 975 fg. Nach verschiedenen Seiten hin abweichend sind Löhr in sein. Magaz. IV. S. 458 fgg., Fabricius, Ursprung und Entw. der B. P. S. 136 fgg., Mühlenbruch, Komm. XXXIX. S. 26 fgg. Der Erstre stellt nämlich, indem er die in den angeff. Gesetzen so klar ausgesprochenen Schranken ganz außer Acht läßt, den ganz unhaltbaren Grundsatz auf, daß die bonor. possessio aus einem testamentum irritum factum immer cum re sei. Fabricius a. a. O., dessen Ansicht auch in den

früheren Aufl. dieses Lehrb. vertheidigt wurde, nimmt dagegen umgekehrt an, daß die bon. possessio immer sine re sei, mit einziger Ausnahme des Falls, wenn der bonor. possessor zugleich nächster Intestaterbe sei, und die widerstreitende l. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. wird von Fabricius, gewiß ungenügend, durch die Behauptung beseitigt, daß diese Stelle lediglich von dem Siege in dem interd. quorum bonor. spreche, und die weitere Frage, ob der, welcher in dem possessorischen Rechtsstreite siegte, auch die hereditatis petitio des legitimus heres entkräften könne, ob also die bon. possessio cum re oder sine re sei, von Papinian gar nicht berührt würde. Mühlenbruch a. a. O. endlich vertheidigt die Meinung, daß die bon. poss. aus einem test. irritum factum nur dann, aber auch immer dann cum re sei, wenn der Erblasser das Testament besonders bestätigt habe, und die l. 12. pr. de inj. rupt., welche noch auf einen andren Fall hinweis't, will er durch die völlig unstatthafte Bemerkung hinwegräumen, daß in derselben der Ausdruck *irritum* nicht in seinem technischen Sinn genommen sei, sondern von einem wegen Präterition von Notherben ungiltigen Testamente verstanden werden müsse. — Puchta, Lehrb. §. 462. Not. f. und Vorles. ad h. l. schwankt zwischen den Meinungen von Fabricius und Mühlenbruch, neigt sich aber doch der letztren zu, während Mayer, Erbr. I. §. 50. Anm. 2. 3. entschieden die Ansicht von Fabricius vertheidigt.

2) Vom testamentum destitutum. §. 459.

Mühlenbruch XXXIX. S. 39 fgg.

Anm. Während die herrschende Lehre dahin geht, daß dann, wenn sämmtliche Testamentserben ausschlagen, die Erbschaft sogleich an die Intestaterben deferirt werde, und in deren Ermangelung an den Fiskus als hereditas vacans komme, womit denn auch zugleich die anderweite Folge verknüpft sei, daß regelmäßig sämmtliche Vermächtnisse, Freilassungen u. s. w. zusammen fallen müßten, §. 2. f. J. de leg. Falcid. (2, 22), pr. §. 7. J. de hered. qu. ab int. (3, 1), l. 73. pr. fin. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 181. de R. J., l. un. §. 13. C. de caduc. toll. (6, 51): wird jetzt von v. Löhr im ziv. Arch. V. S. 392 fgg. die auch schon von manchen älteren Juristen vertheidigte (s. die Zitate bei Francke, Beiträge S. 150) Behauptung aufgestellt, daß nach neuestem Rechte, im Falle der eingesetzte Erbe repudiire, in Ermangelung von Substituten oder Miterben, Universalfideikommissare, Legatare, testamentarisch Freigelassene die Erbschaft antreten und testamentarische Erben werden könnten, daß erst in Ermangelung aller dieser die Erbschaft an die Intestaterben komme, hierauf einem Jeden, welcher da wolle, und hierauf erst dem Fiskus angeboten werde; überdies müsse ein Jeder, welcher die Erbschaft haben wolle, Kaution für gehörige Erfüllung aller letztwilligen Auflagen leisten. Es gründet sich aber diese Behauptung auf Nov. 1. c. 2. fin.:

„Si vero [testator] expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam:

> **et aut volentem eum parere testatori — — lucrum non in percipiendo, sed solummodo pie agendo habentem, et non videri sine lucro hujusmodi esse hereditatem; aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab hujusmodi institutione, locum vero fieri, sicut dudum praediximus, substitutis et coheredibus et fideicommissariis et legatariis et servis et iis, qui ab intestato sunt, et aliis secundum prius a nobis inventam in talibus viam"**,

in Verbindung mit *Julian*, Epit. Novell. const. l. c. 2:

> **„Alioquin, si sciens, quantum habeat patrimonium, specialiter expresserit, ut non liceat heredi Falcidiae legis beneficio uti, necesse est voluntatem ipsius tenere. Et siquidem adire maluerit hereditatem, omni modo legato et fideicommissa persolvat. — *Sin autem repudiaverit hereditatem, locus fiat substitutis*" rel.**

Zwar sei hier nur von dem Falle die Rede, wenn der Erbe repudiirt habe, weil er sich das Verbot des Erblassers in Betreff des Abzugs der **quarta Falcidia** nicht gefallen lassen wollte. Da sich aber kein Grund auffinden lasse, weßhalb gerade nur in diesem Falle der Repudiation eine so außerordentliche Begünstigung der Legatare eintreten solle, so sei es gewiß das Natürlichste, in jener Bestimmung der Nov. 1. nur eine einzelne Anwendung des allgemeinen Prinzips zu finden, daß überhaupt im Falle der Repudiation die oben angedeuteten Wirkungen Platz greifen sollten. Für die Existenz dieses, wahrscheinlich durch Gewohnheitsrecht, oder vielleicht auch durch eine für uns verloren gegangene Justinianische Konstitution eingeführten Prinzips spreche aber auch noch der bedeutende Grund, daß sich dasselbe eng an schon vorhandene Rechtsinstitute anschließe, und im Grunde nur als eine konsequente Fortbildung derselben anzusehen sei. Hierher gehöre besonders die Bestimmung des SC. Pegasianum, wonach der Fiduziar zur Antretung und Restitution der Erbschaft an den Universalfideikommissar genöthigt werden könne, außerdem aber auch die Vorschriften der lex Papia et Poppaea über caducorum vindicatio, wonach es ja ebenfalls habe vorkommen können, daß Legatare eine hinfällige Erbschaftsportion an sich zögen, und endlich auch die Vorschriften über addictio bonorum libertatum conservandarum causa. — Ungeachtet dieser scharfsinnigen Ausführungen v. Löhr's muß ich doch die herrschende Lehre für die richtigere halten, die auch an Francke, Beiträge S. 148 fgg., Mühlenbruch XXXIX. S. 54 fgg. u. Heimbach sen. a. a. O. S. 978 fgg. tüchtige Vertheidiger gefunden hat.

I. Meiner Ueberzeugung nach sprechen die oben ausgezogenen Worte der Nov. 1. gar nicht von einem Falle der Repudiation, sondern es ist dort nur für den singulären Fall eine Bestimmung getroffen, wenn der, **welcher die Erbschaft angetreten hat**, gegen den Willen des Testators die Quart abziehen will. Einen solchen soll nämlich dieselbe Strafe treffen, welche schon im cap. 1. demjenigen angedroht ist, der überhaupt die Entrichtung von Vermächtnissen verweigert; die Erbschaft soll ihm nämlich entzogen und Substituten u. s. w. angeboten werden. — Daß die Worte: eum quidem recedere (ἀναχωρῆσαι) ab hujusmodi institutione, Beides bedeuten können, sowohl die Repudiation einer blos deferirten, als den Rücktritt von einer schon erworbenen Erbschaft, kann

wohl nicht bezweifelt werden. Dafür nun, daß hier blos die letztre Bedeutung angenommen werden dürfe, möchten hauptsächlich folgende Gründe sprechen:

1) Der Zusammenhang des ganzen Gesetzes führt unabweisbar zu diesem Resultate. Nachdem nämlich der Kaiser in der praef. die Veranlassung des neuen Gesetzes dahin angegeben hat, daß vielfältige Klagen über habsüchtige Erben eingelaufen seien, welche zwar wohl die Erbschaft an sich zögen, aber doch nicht die von dem Testator gemachten Auflagen erfüllten, wird in cap. 1. verfügt, daß künftig derjenige Erbe, welcher solche Auflagen nicht erfüllt, die Erbschaft verlieren und diese an Substituten, Miterben, Universalfideikommissare, Legatare, freigelassene Sklaven, Intestaterben, jeden Extraneus, und endlich an den Fiskus deferirt werden solle, vorausgesetzt nur, daß der Erstberufene gerichtlich zur Zahlung der Vermächtnisse angehalten, und von dieser Zeit an ein Jahr verstrichen sei, und ferner vorausgesetzt, daß der jedesmalige Nachberufene gehörige Kaution wegen Erfüllung der Auflagen stelle. Dies führe ihn denn auch, fährt der Kaiser in cap. 2. fort, zu gesetzlichen Bestimmungen über den Abzug der Falzidischen Quart, der zwar wohl scheinbar gegen den Willen des Erblassers geschehe, aber wirklich doch dem wahren Willen desselben ganz entspreche. Doch aber solle künftighin von einem solchen Abzuge nur dann die Rede sein, wenn der Onerirte ein solennes Inventar errichte, und im Unterlassungsfalle müsse derselbe die ganzen Vermächtnisse auszahlen, sollten dieselben auch das Aktivvermögen übersteigen. Ueberdies aber könne auch von einem Abzug der Quart nur dann die Rede sein, wenn der Erblasser irrthümlich den Erben zu stark belastet habe, denn habe er ausdrücklich den Abzug verboten — — (hier folgen die oben ausgezogenen Worte). Im dritten Kapitel wird nun noch die Bestimmung hinzugefügt, daß der Erbe, welcher einem oder einigen Legataren die Quart nicht abgezogen habe, dies auch den Uebrigen nicht thun dürfe, und im vierten Kapitel wird noch eine allgemeine Schlußbemerkung gemacht, von welcher gleich nachher noch geredet werden soll. — Faßt man nun das Gesetz in diesem Zusammenhange auf, so kann es wohl kaum zweifelhaft sein, daß in den bestrittenen Worten, eben so wie in dem ganzen übrigen Gesetze, nur von einem Erben die Rede ist, welcher bereits angetreten hat, und daß hier nur die Bestimmungen des cap. 1. über gänzliche Nichtentrichtung der Vermächtnisse, auf den Fall theilweiser Nichtentrichtung angewendet werden.

2) Zu diesem Resultate führen nun auch noch sehr bestimmt mehrere spezielle Aeußerungen Justinian's. Namentlich gehört hierher die Verweisung auf den Inhalt des cap. 1, welche am Schluß des zweiten Kapitels vorkommt: **secundum prius a nobis inventam in talibus viam** (κατὰ τὴν ἔμπροσθεν ὑφ' ἡμῶν ἐξηυρημένην ἐπὶ τοῖς τοιούτοις ὁδόν). Daß hiermit nämlich nicht etwa auf die Reihenfolge der Nachberufenen hingewiesen werden soll, geht daraus hervor, daß in dieser Beziehung schon kurz vorher auf das erste Kapitel Rücksicht genommen ist (καθάπερ ἔμπροσθεν εἰπόντες ἔφθημεν); und es kann damit also nur angedeutet sein, daß in dem hier entschiedenen Falle dieselbe Prozedur Platz greifen solle, wie in dem Falle des ersten Kapitels, daß also auch hier eine gerichtliche Anmahnung vorausgehen und dann noch ein Jahr gewartet werden müsse. Daß unter diesen Voraussetzungen der wirkliche Erbschaftsantritt des

Onerirten angenommen werden muß, versteht sich von selbst. — Hierher gehört auch eine Aeußerung des Kaisers im vierten Kapitel, welches überhaupt dazu bestimmt ist, einige Verfügungen nachzutragen, welche sich augenscheinlich gleichmäßig auf den gesammten Inhalt des Gesetzes beziehen. Für unsere Frage ist nur die erste dieser Verfügungen von Interesse:

> Illud quoque prospeximus, ne tempus fiat longum in talibus quaestionibus. Nullam enim talium quaestionum aut litium transcendere anni tempus sancimus, necessitatem imponentes omnino intra annum post aditionem et legata solvi, et quae a testatore sunt relicta compleri secundum suam naturam, et omnia agi, quaecunque prius ediximus. Initium autem anno damus, sicut prius jam diximus, ab admonitione ex judiciali decreto. Anno enim per culpam heredis transacto, tunc ille quidem cadet relictis, alii vero ad haec venient, quos prius vocavimus".

Für sämmtliche in Nov. 1. behandelten Fälle, und also gewiß auch für unsren in cap. 2. vorkommenden Fall, wird hier verfügt, daß innerhalb eines Jahrs nach dem Erbschaftsantritt und resp. nach dem richterlichen Dekrete der Onerirte alles Vorgeschriebene erfüllen müsse, wenn er nicht die Erbschaft verlieren wolle.

3) Keiner der Nachberufenen wird zum Erbschaftsantritt gezwungen, sondern nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's in cap. 1. hängt dies von seinem freien Willen ab, und namentlich ist dies auch bei den Miterben der Fall. Dürfte man nun das cap. 2. mit v. Löhr von der Repudiation einer noch nicht erworbenen Erbschaft verstehen, so würde die große Anomalie zum Vorschein kommen, daß sich der Miterbe das Anwachsungsrecht verbitten könne. Auch diesem Uebelstande entgeht man, wenn man der hier vertheidigten Auslegung folgt.

Daß diese Gründe die Auktorität Julian's doch wohl überwiegen möchten, bedarf keiner besondren Ausführung.

II. Dürfte man aber auch die im Obigen besprochenen Worte des cap. 2. von der Ausschlagung einer noch nicht erworbenen Erbschaft verstehen, so wären wir doch nicht berechtigt, daraus die allgemeine Regel zu konstruiren, welche v. Löhr annimmt, sondern wir müßten nothwendig bei dem speziellen, dort entschiedenen Falle stehen bleiben, wenn nämlich die Repudiation erfolgt, weil der Erblasser den Abzug der Falzidischen Quart verboten hat. In allen übrigen Fällen müßte natürlich noch fortwährend das Prinzip in Anwendung kommen, welches anerkannter Weise in den Institutionen, Pandekten und im Kodex für den Fall der Repudiation überhaupt ausgesprochen ist, vgl. die im Anfang der Anm. zitirten Gesetze. Die Annahme Löhr's nämlich, daß sich das angebliche neue Prinzip durch Gewohnheitsrecht gebildet haben möge, und in der Nov. 1. nur in einer einzelnen Anwendung hervortrete, muß als ganz unmöglich erscheinen, wenn man erwägt, daß sich dieses Gewohnheitsrecht in der Zeit von Publikation des Codex repet. praelect. bis zum Erlaß der Nov. 1. (1. Jan. 535) gebildet haben müßte, und eben so haltlos ist auch augenscheinlich die anderweite Idee, daß vielleicht eine für uns verloren gegangene Konstitution

Justinian's dieses neue Prinzip eingeführt habe. Darum muß denn auch der scharfsinnige Versuch v. Löhr's, für dieses angeblich neue Prinzip historische Anknüpfungspunkte in den Vorschriften des SC. Pagasianum, und in den Bestimmungen über addictio bonor. lib. cons. c. und über caducorum vindicatio zu finden, jedenfalls als völlig fruchtlos erscheinen, ganz abgesehen davon, daß sich gegen die innere Wahrheit dieser Löhr'schen Entwicklung sehr erhebliche Einwendungen machen lassen. —

Nach Löhr hat sich übrigens auch noch G. E. Heimbach gegen die hier vertheidigte herrschende Lehre erklärt in der Gießer Zeitschr. Bd. XIII. Heft 3. S. 369 fgg. Heimbach bezieht die bestrittenen Worte von Nov. 1. c. 2. eben so wie Löhr auf den Fall der Repudiation einer noch nicht erworbenen Erbschaft, ohne sich jedoch darüber zu äußern, ob daraus eine allgemeine Regel für Repudiation überhaupt gebildet werden dürfe, oder ob die Entscheidung der Novelle auf den da berührten speziellen Fall zu beschränken sei. Uebrigens haben mich auch die Ausführungen dieses Schriftstellers von der Unrichtigkeit der oben vertheidigten Auslegung nicht zu überzeugen vermocht, und ich kann kein einziges der im Obigen angedeuteten Argumente dadurch für widerlegt halten. Daß auch Athanasius Scholastikus in seinem Novellenkommentar tit. IX. const. 1. (Heimb. anecdota I. p. 97) unsere Stelle mißverstanden hat („Si testator Falcidiam non retineri jubebit, *heres adire non cogitur*, sed iis, quae supra dictae sunt, successionibus locus fiet"), kann uns natürlich eben so wenig für die gegnerische Meinung gewinnen, wie der Irrthum Julian's. —

Die richtige Ansicht ist denn auch noch jetzt, ungeachtet der Angriffe von Löhr und Heimbach ganz allgemein angenommen, vgl. z. B. außer den schon oben angeff. Francke, Mühlenbruch und Heimbach sen. auch noch Kritz, Rechtsf. I. S. 53 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 552 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 34. Anm. 1, Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. S. 664, und die sämmtlichen neueren Lehr= und Handbücher, z. B. Thibaut §. 983. (9. Aufl. §. 1002), Mackeldey § 675, Schweppe V. §. 872. a. E., Wening §. 476, Seuffert §. 551, Göschen §. 872, Puchta §. 483. 559, Sintenis III. §. 179. Anm. 11, Arndts §. 503, Bering, Erbr. S. 458 fgg. Not. 4, Tewes, Syst. §. 49. a. E.

3) Vom testamentum ruptum. §. 460.

Mühlenbruch XXXVIII. S. 168 fgg.

Anm. Abgesehen von der *agnatio postumi* (wovon in der Darstellung des Notherbenrechts zu sprechen ist) wird ein Testament rumpirt durch Widerruf von Seiten des Testirers, und davon ist an diesem Orte näher zu handeln.

I. Wie jede einzelne letztwillige Disposition, so kann auch natürlich ein Testament im Ganzen in jedem Augenblicke widerrufen werden, l. 32. §. 3. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1), l. 4. de adim. v. transfer. leg. (34, 4), l. 6. C. qui test. fac. poss. (6, 22), l. 19. C. de test. (6, 23), und auch die ausdrückliche Erklärung des Testators, es solle ein künftiger Widerruf unstatt=

haft, und folglich ein später etwa errichtetes Testament unwirksam sein (s. g. clausula derogatoria) ist richtiger Ansicht nach so gänzlich unbedeutend, daß ein späteres Testament sogar dann völlig giltig ist, wenn jene Klausel des früheren Testaments darin gar nicht einmal erwähnt ist, Mühlenbruch a. a. O. S. 169 fgg., Sintenis III. §. 179. Anm. 21. Selbst die dem früheren Testamente beigefügte Erklärung, daß ein folgendes Testament nur dann gelten solle, wenn es in einer besondren, vom Testator angegebenen Form errichtet, wie z. B. wenn es eigenhändig geschrieben ist u. dgl. m., muß als völlig irrelevant betrachtet werden, l. 6. §. 2. de jur. codicill. (29, 7), l. 89. pr. de legat. II. — Inwiefern nach deutschrechtlichen Grundsätzen über Erbverträge das Widerrufsrecht des Testators durch Vertrag aufgehoben werden könne, ist hier nicht näher auszuführen; vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 209 fgg., Beseler, Erbvertr. Bd. II. Abth. I. S. 314 fgg., Buchka in der Zeitschr. f. deutsch. R. XII. S. 215 fgg., Hartmann, Erbvertr. S. 47 fg. S. 54 fgg.

II. Ein Testament kann aber in der Regel nur durch ein neues Testament widerrufen werden, §. 7. J. quib. mod. test. infirm. (2, 17), Theoph. ad h. l, arg. l. 85. 100. 153. de R. J. Durch ein solches wird aber auch das frühere Testament ipso jure (l. 27. C. de test.), und mit solcher Rechtsnothwendigkeit aufgehoben, daß selbst die ausdrückliche Erklärung des Testators, sein früheres Testament solle giltig bleiben, die Ruption desselben nicht abzuwenden vermag, sondern nur die Wirkung hat, daß die in dem früheren Testamente getroffenen Dispositionen als fideikommissarische aufrecht erhalten werden, §. 3. J. quib mod. test. infirm. (2, 17), l. 12. §. 1. de injust. rupt. test., l. 29. ad SC. Trebell. (36, 1). (Wenn neuerlich Renner, instit. ex re certa S. 16 fgg. und Fein, Komm. XLV. S. 267 fgg. ausführlich die schon von Andren, z. B. Seuffert, Lehrb. §. 548. Not. 6. angedeutete Meinung vertheidigen, daß auch ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers die Dispositionen des früheren Testaments schon deßhalb als fideikommissarische aufrecht erhalten werden müßten, weil in dem zweiten Testamente nur heredes ex re certa eingesetzt seien: so habe ich mich von der Richtigkeit ihrer Auslegung des §. 3. J. cit. und der l. 29 cit. nicht zu überzeugen vermocht; vgl. auch Theoph. ad §. 3. J. cit. und Basil. XXXV. 11, 29. Uebrigens ist es nicht zu bezweifeln, daß nicht gerade eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers die Bedingung der Aufrechthaltung des früheren Testaments ist; sondern gewiß greifen auch hier die Grundsätze über fideicommissa *tacita* Platz, und ich bezweifele nur, daß schon die bloße institutio ex re certa ein schlüssiges Moment für die Annahme eines solchen Fideikommisses ist). Dabei kommen noch folgende Punkte in Betracht:

1) Es versteht sich von selbst, daß nur ein solches Testament ein früheres zu rumpiren im Stande ist, aus welchem Jemand möglicher Weise Erbe werden kann, §. 2. J. quib. mod. test. inf. [Gai. II. 144], l. 1. de injust. rupt. test. Darnach kann also z. B von Ruption eines früheren Testaments keine Rede sein, wenn in dem zweiten Testamente ein suus heres präterirt ist, l. 7. de lib. et post. (28, 2), wenn es dem im folgenden Testamente Eingesetzten an der testamenti factio passiva fehlt (nicht auch, wenn derselbe blos incapax ist, vgl. oben §. 429. Anm. 1), wenn den Erbeinsetzungen solche conditiones in

praesens vel praeteritum relatae beigefügt sind, welche nicht eingetreten sind, l. 16. de injust. rupt. (vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 350 fgg.), wenn das zweite Testament noch unvollendet ist, sei es in Betreff des Inhalts, oder in Betreff der Solennitäten (§. 433. Anm. 1). Doch kommt in der letzten Beziehung eine wichtige Ausnahme vor, welche sich auf l. 2. de inj. rupt. test. und l. 21. §. 5. C. de test. (6, 23), [Nov. Theodos de testamentis §. 7, bei *Gothofr.* tit. IX., bei *Hugo* und *Haenel* tit. 16] gründet. Zu der erstren Stelle sagt nämlich Ulpian:

„Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur".

Zu der l. 21. cit. aber sagt Theodos:

„Si quis autem testamento jure perfecto postea ad aliud venerit testamentum, non alias quod ante factum est infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur; eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt; quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei".

Die ganz unzweifelhafte ursprüngliche Bedeutung der l. 2. cit. ist schon oben S. 15 angedeutet worden, nämlich: „aus einem spätern s. g. prätorischen Testamente kann einem früheren Zivilteslamente gegenüber nur dann eine bonor. possessio secundum tabulas *cum re* agnoszirt werden, wenn der in dem prätorischen Testamente Eingesetzte zugleich Intestaterbe ist".

Daß von dieser ursprünglichen Bedeutung im Justinianischen Rechte keine Anwendung mehr zu machen ist, versteht sich von selbst, da hier der Gegensatz zwischen prätorischem und Zivilteslamente weggefallen und der Begriff von testamentum imperfectum ein ganz andrer geworden ist. Während nämlich Ulpian darunter ein gänzlich vollendetes, aber nicht nach den Prinzipien des Zivilrechts, sondern nach den Voraussetzungen der bon. poss. sec. tab. errichtetes Testament versteht (tabulae VII. signis signatae, ohne familiae mancipatio und ohne nuncupatio), wird im späteren Rechte darunter ein noch nicht völlig zu Stande gekommenes, also namentlich ein Testament verstanden, dem noch die nöthige subscriptio oder Signatur der Zeugen fehlt, Nov. Theod. cit. §. 5. (l. 21. cit. pr.):

„Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. *Non subscriptum namque a testibus atque signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit*".

Hält man dies fest, so kann der Sinn der l. 21. §. 5. cit. — woraus

sich die Bedeutung der l. 2. cit. im Justinianischen Rechte von selbst ergibt — nur folgender sein; „Wenn auch die Regel feststeht, daß ein Testament nur dann durch ein andres rumpirt wird, wenn dieses ganz vollendet ist (vgl. auch §. 7. J. quib. mod. test. infirm.), so soll hiervon doch eine Ausnahme eintreten, wenn in dem ersten Testamente die nächsten Intestaterben übergangen, in dem zweiten aber eingesetzt sind. In einem solchen Falle soll es nämlich nichts schaden, wenn auch der Testator mit Solennisirung des zweiten Aufsatzes nicht ganz zu Ende gekommen ist [wenn also namentlich die Unterschriften und Signaturen der Zeugen noch fehlen], sondern es sollen die Aussagen von fünf beeidigten Zeugen genügen, um einer solchen Skriptur die Kraft zu verleihen, das frühere Testament zu rumpiren, obwohl sie im Uebrigen nicht als Testament, sondern nur als Intestatkodizill zu Recht bestehen kann". Noch ist zu bemerken: a) Man hat hierbei an Fälle zu denken, wenn der Erblasser zu Gunsten früher von ihm übergangener Intestaterben ein neues Testament zu machen beabsichtigt, die Skriptur auch wirklich schon aufgerichtet und die Solennisirung begonnen hat. Wenn derselbe dann von gänzlicher Vollendung durch irgend ein unerwartetes Ereigniß während des Testamentsakts, namentlich etwa durch plötzlichen Tod, abgehalten ist, so soll doch das frühere Testament rumpirt werden. — b) Die 5 Zeugen, welche der Kaiser erwähnt, brauchen nicht etwa unterschrieben und signirt zu haben, sondern es genügt die beschworne Erklärung, daß die fragliche Skriptur wirklich diejenige sei, deren gänzliche Solennisirung durch jenes unerwartete Ereigniß unterblieben ist. — c) Ein solcher Aufsatz soll zwar das frühere Testament aufzuheben im Stande sein, darf aber deßhalb doch nicht als Testament, sondern nur als Intestatkodizill betrachtet werden. Enterbungen, Pupillarsubstitutionen, Vormundschaftsernennungen müssen also von selbst hinwegfallen. — d) Demgemäß tritt Intestaterbfolge ein, und die in dem unvollendeten Testamente enthaltenen Verfügungen werden als Kodizillar-Dispositionen aufrecht erhalten. Danach wird denn auch namentlich die Erbeinsetzung eines Extraneus als Universal-Fideikommiß zu betrachten sein, indem sich kein Grund einsehen läßt, eine solche Erbeinsetzung für nicht geschrieben anzusehen. — e) Damit das frühere Testament rumpirt werde, ist offenbar nur erforderlich, daß in dem zweiten Aufsatze diejenigen eingesetzt seien, welche zur Zeit dieser Einsetzung als die nächsten Intestaterben erschienen. Sollten diese auch nun bis zum erfolgten Tode des Erblassers wegfallen, und zu dieser Zeit also Andre, als die Eingesetzten, die nächsten Intestaterben sein, so kann ein solcher nachher eintretender Umstand die rumpirende Kraft des testam. imperfectum nicht brechen. — Diese Sätze über das testamentum posterius imperfectum sind freilich keineswegs allgemein anerkannt, und so ist namentlich die Darstellung des neuesten Schriftstellers über diese Lehre, nämlich Mühlenbruch's a. a. O. S. 364 fgg. (vgl. auch Denselben, Komm. XLII. S. 2 fgg., und Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 469 fgg.) von Grund aus abweichend. Seine Ansicht ist im Wesentlichen folgende: „Das s. g. testam. posterius imperfectum ist ein wahres privilegirtes Testament zu Gunsten der früher übergangenen nächsten Intestaterben. Die Voraussetzung desselben ist, daß in dem früheren Testamente Keiner der nächsten Intestaterben eingesetzt, in dem späteren aber alle instituirt sind, welche

zur Zeit des Todes des Testators als die nächstberechtigten Intestaterben erscheinen. Die Form ist die gewöhnliche Kodizillarform. Was endlich die Wirkung anbelangt, so hat ein solches test. post. imp. nicht blos vim rumpendi, sondern es gilt überhaupt als wirkliches Testament, nur daß darin keine Exheredation vorkommen kann (weil ja sämmtliche nächste Intestaterben eingesetzt sein müssen), und die etwaigen Erbeinsetzungen von Extranei für nicht geschrieben angesehen werden". — Nach den obigen Bemerkungen bedarf es wohl kaum einer besondern Widerlegung dieser Behauptungen, die meiner Ueberzeugung nach eben so sehr mit den Worten, als dem Geiste der Theodosischen Verordnung in Widerspruch stehen. Die große Mehrzahl der neueren Juristen hat sich auch entschieden der richtigeren Ansicht angeschlossen, vgl. z. B. Pfotenhauer in Gieß. Zeitschr. XVI. S. 1 fgg., Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. S. 670 fg., Sintenis III. §. 179. Not. 38, Fein, Komm. XLIV. S. 28. Not. 75, XLV. S. 237 fgg., Heimbach im Rechtslex. X. S. 952 fgg, und die Lehr- und Handbb. von Thibaut §. 849. (9. Ausg. §. 867), Mackeldey, §. 677. Not. f, Schweppe V. §. 860, Wening §. 477, Seuffert §. 548, Göschen §. 869, Puchta §. 484, Arndts §. 502. Anm. 3. a. E., Vering S. 463, Tewes II. S. 11 fg.

2) Da die Ruption des früheren Testaments in dem Augenblick eintritt, in welchem das spätere rechtsbeständige Testament errichtet ist, so versteht es sich von selbst, daß das spätere Schicksal dieses letztren keinen weiteren Einfluß auf das erstre, rumpirte, äußern kann. Mag also auch das zweite Testament aus irgend einem Grunde zusammenfallen, so kann deßhalb das erste Testament nicht revivisziren, und zwar ist es gleichgiltig, ob das zweite Testament aus einem schon bei Errichtung desselben vorhandenen Grunde nachher unwirksam wird (z. B. wegen Uebergehung von Pflichttheilsberechtigten, oder Präterition eines Postumus), oder ob es wegen nachher eintretender Umstände zusammenfällt (z. B. weil die Erben ausschlagen oder die Testamentsfähigkeit verlieren, weil die der Erbeinsetzung zugefügte Bedingung defizirt u. dgl.). §. 2. J. quib. mod. test. (2, 17), l. 16. de inj. rupt. (28, 3), l. 36. §. 4. de test. milit. (29, 1), l. 92. §. 1. de bon. poss. c. t. (37, 4). Doch muß eine Ausnahme von diesem Grundsatze dann angenommen werden, wenn der Testator das spätere Testament in der erklärten Absicht zerstört, um das frühere Testament wieder in Kraft treten zu lassen; denn in diesem Falle soll nach l. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. der in diesem frühern Testamente Eingesetzte eine wirksame (vgl. oben §. 458. Anm.) bon. poss. sec. tab. agnosziren dürfen.

3) Wenn der Erblasser zu dem zweiten Testamente nur durch die irrthümliche Meinung, die in dem früheren Testamente eingesetzten Erben seien hinweggefallen, veranlaßt ist, so bleiben die Erbeinsetzungen des früheren Testaments giltig bestehen, und das zweite Testament äußert nur insofern Wirkungen, daß die darin ausgesetzten Vermächtnisse prästirt werden müssen, l. 32. de hered. inst. (28, 5).

4) Von selbst versteht es sich, daß nicht blos solenne, sondern auch privilegirte Testamente volle vim rumpendi haben, l. 2. de inj. rupt. Ueber die

Eigenthümlichkeiten des **test. parentum inter liberos** in dieser Beziehung vgl. unten §. 464.

5) Die bisher dargestellten Grundsätze über Ruption durch neues Testament beruhen wesentlich auf dem Prinzip, daß Niemand aus mehreren Testamenten beerbt werden kann. Diese Regel leidet aber eine Ausnahme, wenn mehrere Testamente gleichzeitig solennisirt sind, indem hier sämmtliche Erbeinsetzungen so aufrecht erhalten werden sollen, wie wenn sie in einem Testamente vorkämen, so daß also keines der beiden Testamente das andere rumpirt („**utrumque supremum accipiemus**"), l. 1. §. 6. de bon. poss. sec. tab. Wenn nach dem Vorgange mancher Aelteren Mühlenbruch a. a. O. S. 486 fgg. dies auch auf den Fall anwenden will, wenn nicht erwiesen werden kann, welches unter den beiden Testamenten das frühere oder spätere sei, so ist dies gewiß nicht zu billigen, da es nicht nur an Gleichheit des Grundes fehlt, sondern selbst, wenn diese vorhanden wäre, doch keine analoge Ausdehnung Statt finden könnte, weil **jura singularia** keine Analogie zulassen.

III. Abgesehen von der Ruption durch ein neues Testament kann ein Testament nur noch in folgender Weise widerrufen werden:

1) Nachdem Honorius verordnet hatte, daß jedes Testament **eo ipso** durch Ablauf von zehn Jahren ungiltig werden solle, l. 6. C. Th. de testam., vgl. *J. Gothofr.* ad h. l. und Mühlenbruch a. a. O. S. 267 fgg., wurde dies von Justinian aufgehoben, und statt dessen verfügt, es müsse zu dem Ablauf von zehn Jahren auch noch ausdrücklicher Widerruf vor drei tüchtigen Zeugen oder vermittelst gerichtlicher Protokollirung hinzukommen, so daß keines von Beiden für sich allein hinreichend sei, weder der Zeitablauf allein, noch auch der Widerruf allein, l. 27. C. de testam. (6, 23). Daß das Dezennium nicht von der Zeit des Widerrufs, sondern von dem Augenblick der Testamentserrichtung an zu rechnen sei, hätte billiger Weise nie bestritten werden sollen, und eben so ist es auch unzweifelhaft, daß es einerlei ist, ob der Widerruf innerhalb des Dezenniums oder nach Ablauf desselben erfolgt, in welchem letztren Falle derselbe sogleich wirkt, während er im erstren nur dann wirksam werden kann, wenn der Testator den Ablauf der zehn Jahre erlebt. Vgl. überhaupt Mühlenbruch a. a. O. S. 274 fgg. — Die nicht selten vertheidigte Idee, daß wenigstens ein Widerruf vor sieben Zeugen stets sogleich wirksam sein müsse, beruht nur auf einer verkehrten Anwendung des bekannten Prinzips: „**nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est**", l. 35. de R. J., und ermangelt einer jeden gesetzlichen Basis, wenn nicht etwa in einem konkreten Falle in Gemäßheit der erweislichen Absicht des Testators ein solcher Widerruf als testamentarische Erbeinsetzung der Intestaterben aufgefaßt werden kann, s. auch Mühlenbruch S. 292 fgg.

2) Ein schriftliches Testament kann noch wirksam widerrufen werden durch absichtliche physische Zerstörung der Testamentsurkunde, so wie durch absichtliche Zerstörung der äußeren Zeichen der Solennisirung (z. B. Erbrechen des von den Zeugen versiegelten Testaments, Wegnahme der Zeugensiegel u. dgl.), l. 1. §. 10. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), l. 1. §. 8. si tab. test. nullae extab. (38, 6), l. 30. C. de testam. (6, 23). Hierher gehört denn auch ab-

sichtliche Auslöschung oder Durchstreichung des gesammten Inhalts des Testaments, während, wenn nur einzelne Dispositionen ausgelöscht sind, blos diese wegfallen, und selbst dann, wenn sämmtliche Erbeinsetzungen durchstrichen sind, die stehen gebliebenen Legate von den Intestaterben ausgezahlt werden müssen, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser doch das gesammte Testament habe aufheben wollen, l. 2. 3. de his, quae in test. delentur, inducuntur vel inscribuntur (28, 4); denn diese Gesetze können doch gewiß nicht mit Mühlenbruch XXXIX. S. 84 fgg. blos auf den Fall bezogen werden, wenn in der Durchstreichung eine Indignitätserklärung liegt, und also der Fiskus die Erbschaft an sich nimmt. Ist das Testament in mehreren Originalexemplaren errichtet worden, und der Testator hat blos eins derselben zerstört, so bleibt dennoch das Testament bestehen, wenn nicht die Intestaterben den Beweis führen, daß der Testator wirklich den Widerruf des Testaments beabsichtigt habe, l. 4. de his, quae in test. delent. — Blos zufällige Zerstörung oder Beschädigung der Testamentsurkunde schadet überall nicht, wenn nur der Inhalt derselben in gehöriger Weise dargethan werden kann, l. ult. de inj. rupt., l. 1. de his, quae in test. delent., l. 1. §. 3. 10. 11. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), l. 30. C. de testam. (6, 23).

Wenn außerdem sehr allgemein (vgl. auch z. B. Arnold, prakt. Erörtr. S. 554 fgg.) bei öffentlichen Testamenten noch eine besondere Art wirksamen Widerrufs in dem Fall angenommen wird, wenn der Testator dasselbe von der Behörde zurücknimmt, bei welcher dasselbe hinterlegt war, so läßt sich eine solche Behauptung gewiß nicht rechtfertigen. Wenn man freilich annehmen könnte, daß gerade die Deposition bei Gericht, also die Qualität einer archivalischen Urkunde, die Giltigkeit der Testamentsurkunde herbeiführe, so müßte man allerdings konsequenter Weise sagen, daß die Aufhebung dieser Qualität ganz dieselbe Wirkung haben müsse, wie etwa die absichtliche Verletzung der Zeugensiegel bei einem Privattestamente. Daß aber dieser Gesichtspunkt bei dem, den Gesetzen allein bekannten testam. publicum, welches seinem ganzen Inhalte nach gerichtlich zu Protokoll gegeben wird, nicht aufgefaßt werden dürfe, versteht sich von selbst, wenn man nur erwägt, daß hier eben in der Aufnahme des gerichtlichen Protokolls ganz eben so eine solenne Testamentserrichtung liegt, wie in der Abfassung des Testaments vor Zeugen, indem das Gerichtspersonal die Stelle der Zeugen vertritt. Eben so gewiß muß aber auch jener Gesichtspunkt verworfen werden bei dem durch Gewohnheitsrecht und Doktrin eingeführten testam. publicum, welches verschlossen dem Gerichte überreicht wird; denn unleugbar ist diese Art des testam. publicum demjenigen Privattestamente nachgebildet, welches verschlossen den Zeugen zur Solennisirung vorgelegt wird, und auch dabei kann also nicht sowohl das Deponirtsein das eigentlich Wesentliche sein, als vielmehr der Akt des Ueberreichens und die damit verbundenen Handlungen, namentlich Anlegung des Gerichtssiegels an das von dem Testator in Person anerkannte Testament, und Aufnahme eines förmlichen Protokolls über den ganzen Akt. Wenn nun hiernach die blose Zurücknahme des öffentlichen Testaments aus dem gerichtlichen Gewahrsam niemals als Zerstörung desselben aufgefaßt, sondern höchstens nur als einfacher Widerruf betrachtet werden kann, so

versteht sich die Wirkungslosigkeit einer solchen Handlung von selbst, da ja ein einfacher Widerruf nur unter den bei No. 1 angegebenen Voraussetzungen der l. 27. C. de testam. wirksam werden kann. Vgl. auch Glück XXXIV. S. 218 fgg., und bes. Mühlenbruch XXXVIII. S. 302 fgg.

IV. Aus den bisherigen Entwickelungen ergibt sich wohl von selbst die völlige Grundlosigkeit der von manchen ältern Juristen vertheidigten Ansicht, daß ein Testamentserbe stets durch exceptio doli von den Intestaterben zurückgewiesen werden könne, wenn er den Willen des Erblassers gegen sich habe, einerlei, wie derselbe ausgesprochen sei. In der That braucht man, um diese Behauptung zu widerlegen, sich nur auf die oben besprochne l. 27. C. de test. zu berufen, und erwägt man nun überdies das bekannte Prinzip: hereditas adimi non potest, und sieht man, wie nicht selten Erbeinsetzungen und Legate gerade so entgegengesetzt werden, daß zwar wohl bei den letztren, nicht aber auch bei den erstren der blose veränderte Wille wirksam sei, vgl. z. B. l. 36. §. 3. de test. milit. (29, 1), l. 22. de adim. v. transf. leg. (34, 4), so kann es fast unbegreiflich scheinen, daß je eine solche Ansicht hat entstehen können. Doch beruft man sich dafür auf l. 4. §. 10. de dol. mal. exc. (44, 4):

„Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere *et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur*",

womit man denn auch einen andren Ausspruch desselben Ulpian in l. 1. §. 8. si tab. nullae extab. (38, 6) in Verbindung bringt:

„Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, *vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit*, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt".

Will man die erstre Stelle nicht blos von einem Falle verstehen, wenn ein Erbe auch mit einem Vermächtniß bedacht ist, eine Auslegung, wofür namentlich die sich unmittelbar daran reihende l. 4. §. 11 eod. zu sprechen scheint, so muß dabei doch nothwendig supponirt werden, daß der Wille des Erblassers sich in gesetzlich genügender Weise ausgesprochen habe, indem z. B. die Siegel erbrochen sind und dergl. An sich ist nämlich, wie oben schon angedeutet wurde, ein solches Faktum keineswegs hinreichend, um das Testament zu zerstören, und der eingesetzte Erbe ist also dadurch allein nicht gehindert, sein Erbrecht geltend zu machen; wird aber in einem solchen Falle nachgewiesen, daß ein solches Faktum von dem Erblasser absichtlich vorgenommen sei, und der Eingesetzte also nicht ferner den Willen des Testators für sich habe, dann wird er durch exceptio doli zurückgewiesen; vgl. auch l. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), u. s. oben §. 458. Anm. — In ähnlicher Weise will offenbar auch Ulpian in der zweiten Stelle nicht andeuten, daß eine jede Willensänderung, einerlei wie dieselbe geäußert sei, Intestatsuccession herbeiführe, sondern auch hier ist zu supponiren, daß dieser veränderte Wille auch in gesetzlich gebilligter Weise ausgedrückt sei, und namentlich soll durch die unterstrichenen Worte gewiß nur ein detaillirtes Aufführen der einzelnen Arten erspart werden, wie noch

außer den tabulae incisae oder cancellatae eine physische äußere Zerstörung oder Auslöschung des Inhalts bewerkstelligt werden kann. Vgl. auch Mühlenbruch XXXVIII. S. 259 fgg., S. 322 fgg. —

IV. Von privilegirten Testamenten.

A. Einleitung. §. 461.

B. Von den einzelnen privilegirten Testamenten.

Notar. Ordn. von 1512. Tit. von Testamenten §. 2: „Und sollen die Notarien Aufmerkung haben, daß nach kaiserlichen Rechten zu Aufrichtung aller und jeder jetzt erzählten Testamenten aufs mindst sieben Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch gezählt wird; aber in Codicillen, nämlich darin einem außerhalb Ansetzung oder Machung anderer Erben, etwas nach eines Tod von desselben Erben zu reichen und zu empfahen gesetzt, vermacht, verlassen oder zu treuen Händen befohlen wird, oder in Uebergaben, so von Todeswegen geschehen, item und auf dem Gau, wo Bauersleute Testamente machten und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, aufs mindst fünf Zeugen; aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen in dem Fall, da kein ander ihr Testament zuvor gemacht, abgethan würde, oder von Rittern, die zu Feld und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween Zeugen; aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament machen ohne alle Solennität oder Form, und wie sie wollen; aber die Ritter, die nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Feld liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen".

1) Testamentum militare. §. 462.

Inst. II. 11. de militari testamento; Dig. XXIX. 1. de testamento militis, XXXVII. 3. de bonorum possessione ex testamento militis; Cod. VI. 21. de testamento militis. — *Haenel*. de test. milit. diss. I. II. Lips. 1815. 1816, Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 477 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLII. S. 19 fgg., Heimbach im Rechtslex. X. S. 797 fgg., Tewes, Syst. §. 29. Vgl. auch Neuner, inst. ex re certa S. 485 fgg.

2) S. g. testamentum rusticorum. §. 463.

Justinian. l. 31. C. de testam. (6, 23): Et ab antiquis legibus, et a diversis retro Principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta sit, homines rustici et quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideoque ad Dei humanitatem respicientes, necessarium duximus, per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus, et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt, et literarum viget scientia, omnia quae in libris nostrorum Digestorum seu Institutionum et imperialibus sanctionibus nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari, nullamque ex praesenti lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere: ita tamen, ut ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium convocari necesse est, adhibeantur, ut unusquisque pro sua persona subscribat. Ubi autem non inveniuntur literati, septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi jubemus; minus autem nullo modo concedimus. Si vero unus, aut duo, vel plures fuerint literati, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam interponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime, quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris jurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat.

Stryk, de testam. rusticor., in Diss. tom. II. no. 20, Marezoll im civ. Arch. IX. 15, Fritz in der Gießer Zeitschr. V. 2, Mühlenbruch, Komment. XLII. S. 245 fgg., Heimbach, Rechtsl. X. S. 825 fgg. Vgl. auch Emminghaus im civ. Arch. XIX. 9.

3) S. g. testamentum parentum inter liberos. §. 464.

Nov. 107. c. 1: Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes — — volumus, si quis literas sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem ejus subscriptione tempus declaret, deinde quoque filiorum nomina propria manu; ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas literas declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant. Si vero etiam rerum voluerit facere divisionem, aut in quibusdam rebus certis aut omnes aut quasdam institutiones statuere, et harum inscribat significationes, ut ejus literis omnia declarata nullam ulterius contentionem filiis derelinquant. Si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata aut fideicommissa aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et volunt valere, sint firma, nihilo minuenda eo, quod videantur in charta scripta, reliquam observationem non suscipientia, sed hoc solum immutetur, quod ejus manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam. — Cap. 2: Et si quidem usque ad mortem maneat hoc schema, nullus postea deducet testes, quia voluerit forte talem voluntatem commutare, aut convertere, aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere quod factum est, et aliam facere voluntatem, declarantem perfectam ejus sententiam, quam competit valere; hoc enim concedimus ei agere, hoc ipsum expressim significantem sub praesentia testium septem, quia et si fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere ulterius vult, sed rursus vult aliam facere: et hanc aut in testamento perfecto faciat, omnia testamentorum habente signa, aut in non scripta perfecta voluntate: videri eum defunctum esse prioribus infirmis factis ex secunda ejus secundum perfectum testamentum aut voluntatem dispositione. —

Schroeder, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Jen. 1819, v. Bülow, Abh. I. 6, II. 14, *Euler*, de test. et divis. parent. int. lib. Berol. 1820, Bon. 1823, Fritz, Entwickl. der Lehre v. dem Testam. der Eltern unter ihren Kindern Gieß. 1822, *Mueller*, de testam. parent. inter liberos privileg. Lips. 1826, Mühlenbruch, Komm. XLII. S. 151 fgg., Reuner,

inst. ex re certa S. 182 fgg. Not., Heimbach, Rechtslex. X. S. 837 fgg., Vering, Erbr. S. 230 fgg., Tewes, Syst. §. 30. Vgl. auch Strippelmann, Entsch. d. O.A.G. zu Kassel Bd. IV. Abth. 1. S. 21 fgg. und Seuffert's Arch. II. Nr. 68—71.

4) S. g. testamentum ad pias causas. §. 465.

Pfeiffer, prakt. Ausführungen II. 10, Mühlenbruch, Komm. XLII. S. 130 fgg., *Lotz* ad cap. 11. X. de testam. Fuld. 1846, Schulte in Gieß. Zeitschr. N. F. VIII. S. 157 fgg.

5) Testament eines Blinden. §. 466.

L. 8. C. qui testam. fac. poss. (6, 22), fast wörtlich übersetzt in Notar. Ordn. Tit. v. Testamenten §. 9: „Aber zu eines Blinden Testament gehört, wie hernach folget: Erstlich, daß der Notarius und die sieben Zeugen dazu berufen, und wozu sie berufen worden seien, wissend gemacht werden. Zum andern, daß der Testirer nicht allein die Namen des oder der Erben, die er setzt, sondern auch was Würden, Stands oder Wesens der oder die wären, dermassen, daß deßhalben, daß sie allein mit Namen benennt seynd, ihrer Person halben kein Zweifel entstehen möge, und darzu andern seinen Willen, es sei mit Besetzung, Nachsetzung, Geschäften und Vermachung vor den Notarien und Zeugen klärlich erzähle und aussprehe. Zum dritten, daß der Notarius, oder ob kein Notarius bekommen werden möcht, ein achter Zeug an seine Statt berufen, und deßgleichen alle und jede Zeugen, vom Testirer dazu gebeten, zu einer Zeit, und an einer Statt, also daß kein ander Zeit, denn die klein wäre und aus Nothdurft der Natur sich begebe, dazwischen falle, sich im End, oder dem untersten Spatio des Instruments unterschreiben, und darzu bezeichnen sollen. Doch so mag der, so das Testament machen will, oben in derselben Handlung seines Testaments vor den Zeugen, oder wo ihm am beßten bedeucht, davor durch einen Andren, wen er wollt, seinen Willen und Testament begreiffen und schreiben lassen, und darnach vor den Zeugen und Notarien, die zuvor, wozu sie berufen worden seynd, wissend gemacht werden, denselben Begriff und Schrift vor ihm und den Zeugen eröffnen lassen, und so der Inhalt desselben allen geoffenbart worden ist, derhalb Testirer bekennen, daß solches

sein Testament und Wille sei, und daß er, was also vorgelesen werde, nach seinem Sinn, Meinung und Gemüth hab also setzen lassen, und am Ende sollen darauf folgen die Unterschreibungen und Bezeichnüssen aller und jeder Zeugen und des Notarien". —

Marezoll in v. Löhr's Magaz. IV. 11. No. 2. 3, Glück XXXIV. S. 26 fgg., Heimbach Rechtsl. X. S. 832 fgg. — Ueber die Frage, ob ein Blinder ein öffentliches Testament errichten könne, s. W. Sell in seinen Jahrb. II. S. 456 fgg.

Viertes Kapitel.

Von der Erbfolge gegen ein Testament (s. g. Notherbenrecht).

De Poll, de exhereditatione et praeteritione Rom. et hod. lib. singul. Amstel. 1700. 4. — *Finestres*, praelect. Cervar. ad tit. Pand. de liberis et postum. Cervar. 1759. 4, praelect. Cervar. ad tit. Pand. de inofficioso testam. Cervar. 1752. — *Heise*, de successoribus necessariis. Gött. 1802. — Valett, das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das s. g. Notherbenrecht. Gött. 1826. — Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach röm. Rechte, mit bes. Berücksichtigung der Nov. 115. Bonn 1829. — Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Gött. 1831. — Glück VI. S. 560 fgg., VII. S. 1—490, XXXV. S. 76—119. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Komm. XXXV. S. 119 fgg., XXXVI. XXXVII. und XXXVIII. S. 1—117. — Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 27 fgg., — Arndts in Weiske's Rechtslex. VIII. S. 79 fgg. — Vering, Erbr. S. 373 fgg. — Köppen, Syst. S. 96 fgg. — Tewes, Syst. §. 125 fgg. — Vgl. auch Elvers in sein. Themis. N. F. I. S. 199 fgg.

Uebersicht. §. 467.

Anm. Das älteste Zivilrecht gestattete eine völlig unbeschränkte Testirfreiheit, l. 120. de V. S., l. 4. C. de liber. praeter. et exher. (6, 28), die sich aber späterhin immer mehr einengte, so daß der Testator in formeller, wie in materieller Beziehung auf gewisse Personen Rücksicht nehmen mußte, und sich

also dadurch der Begriff der Notherben und Pflichttheilsberechtigten entwickelte. (Ueber die Terminologie *necessarius heres*, Notherbe s. auch Heimbach in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 358 fgg.). Um aber hier klar zu sehen, müssen drei von dem Testator zu nehmende Rücksichten, die sämmtlich neben einander bestehen, scharf von einander gesondert werden, nämlich die rein formelle, gewisse Personen zu Erben einzusetzen oder rite zu exherediren, die rein materielle, gewissen Personen einen bestimmten Theil des Vermögens, den s. g. Pflichttheil, zu hinterlassen, und endlich drittens die erst von Justinian in der Nov. 115. eingeführte Verbindlichkeit, gewisse Personen zu instituiren, wenn nicht eine der im Gesetze genau angegebenen Enterbungsursachen vorhanden und angegeben ist.

I. Ohne Zweifel die älteste Verbindlichkeit ist die rein formelle, gewisse Personen zu instituiren oder rite zu exherediren, die sich schon frühe (gewiß vor Cicero, vgl. Cic. de oratore l. 38. 57, pro Caec. c. 25) aus der Idee entwickelte, daß der suus auch schon während des Lebens des Vaters eine Art von Miteigenthum an dessen Vermögen habe, l. 11. de liber et post. (28, 2, Gai. II. 157. §. 2. J. de hered. qual. et diff. (2, 19), woraus von selbst hervorgehen mußte, daß der Vater, um über sein Vermögen frei verfügen zu können, den suus erst aus diesem Eigenthum heraussetzen (exherédem scribĕre) mußte. Es muß aber in dieser Beziehung das ältere Zivilrecht, das prätorische Recht, und das neueste Justinianische Recht von einander geschieden werden.

A. Nach dem älteren Zivilrechte fand die Verbindlichkeit zu formeller Bedeutung nur in Beziehung auf wirkliche sui statt, denen natürlich auch die, welche suorum loco sind (die uxor in manu, und die verwittwete Schwiegertochter in manu filiifamilias), gleichgestellt waren. Was aber hier

1) den Inhalt der Verbindlichkeit anbelangt, so mußten solche Deszendenten bald *nominatim*, bald nur *inter ceteros* exherebirt werden, und zwar trat das Erstre ein bei dem schon gebornen männlichen suus des ersten Grads, Gai. II. 123. 127, Ulp. XXII. 16. 20, und bei dem männlichen postumus nicht blos des ersten, sondern auch der entfernteren Grade, obgleich in Beziehung auf die Letztren die Theorie schwankend war, Ulp. XXII. 21. 22. §. 1. J. de exhered. liberor. (2, 13). Das Letztre dagegen, nämlich die exheredatio inter ceteros, genügt bei allen übrigen sui, nämlich bei den sui weiblichen Geschlechts durchgreifend, und bei den männlichen sui wenigstens dann, wenn sie, ohne postumi zu sein, Deszendenten entfernterer Grade waren, wobei nur noch zu bemerken ist, daß man wenigstens der postuma, zum Zeichen, daß man an sie gedacht habe, noch ein Legat hinterlassen mußte, Gai. II. 132, Ulp. XXII. 20—22. pr. §. 1. J. cit.

2) War nun aber gegen diese Vorschriften gefehlt, und war also

a) der filius suus nur inter ceteros exherebirt oder ganz präterirt, so war das Testament nichtig, und zwar nach der später herrschend gewordenen (l. 7. de liber. et post. vgl. mit pr. J. de exhered. liber.) Meinung der Sabinianer gleich von Anfang an, so daß selbst der noch bei Lebzeiten des Vaters erfolgte Tod des suus hieran nichts änderte, nach der Meinung der Prokulianer aber nur dann, wenn der nicht rite exherebirte Sohn den Vater überlebte, Gai. II. 123.

b) War die Tochter, oder waren Enkel und Enkelinnen ganz präterirt, so war dadurch das Testament nicht nichtig, sondern es fand nur ein Anwachsungsrecht der präterirten Kinder statt, und zwar nach dem Prinzip, daß die einzelnen Präterirten (wobei jedoch mehrere Enkel von einem Sohne nur als eine Person angesehen wurden) gleichgestellt wurden den einzelnen eingesetzten suis und der Gesammtheit der eingesetzten extranei; und hatte also z. B. Jemand seinen Sohn und zwei Fremde zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt, seine Tochter aber präterirt, so holte sich die Letztre von dem Sohne eine Virilportion, also hier die Hälfte (nämlich $\frac{1}{6}$), und eben so auch von den extranei die Hälfte, also $\frac{1}{3}$ ab, so daß nun die Tochter $\frac{1}{2}$, Jeder der eingesetzten Erben aber $\frac{1}{6}$ erhält; Gai. II. 124, Ulp. XXII. 17, Paul. III. tit. 4. B. §. 8, Theoph. ad pr. J. de exh. liber., lex Rom. Burg. tit. XLV. (wo aber die Worte nepos ex filio auszustreichen sind, und statt nepotes ex filia zu lesen ist nepotes ex filio).

c) War endlich ein postumus blos inter ceteros exherebirt oder ganz präterirt, oder war einer inter ceteros exherebirten postuma kein Legat hinterlassen, oder war sie ganz übergangen, so trat für alle diese Fälle gleichmäßig das Recht ein, daß zwar weder das Testament gleich bei der Errichtung nichtig wurde, noch auch bloses Anwachsungsrecht Platz griff, sondern daß der letzte Wille im Augenblick der agnatio oder quasi-agnatio rumpirt wurde, Ulp. XXII. 18. §. 1. J. de exhered. liber.

B. Das prätorische Recht wich in wesentlichen Punkten von dem älteren Zivilrecht ab, wie namentlich schon in Betreff der zu bedenkenden Personen, denn nicht nur die sui hatten danach Anspruch auf Berücksichtigung, sondern alle liberi, welcher Begriff hier ganz so zu bestimmen ist, wie bei der bon. poss. unde liberi. Was nun hier:

1) den Inhalt der Verbindlichkeit anbelangt, so setzte das Edikt statt der mehrfachen Unterscheidungen des Zivilrechts die einfache Vorschrift fest, daß der testirende Aszendent alle berechtigten Deszendenten männlichen Geschlechts, einerlei, ob schon geborne, oder postumi, ob des ersten oder entfernterer Grade, nominatim, alle berechtigten Deszendenten weiblichen Geschlechts aber wenigstens inter ceteros exherediren müsse, Gai. II. 129. 135, Ulp. XXII. 23. §. 3. J. de exhered. liberor.

2) War dagegen gefehlt, so gab der Prätor allgemein den nicht gehörig bedachten Deszendenten die bonorum possessio contra tabulas, die sich sehr wesentlich von der zivilrechtlichen Nullität unterscheidet, ja nicht einmal als eine Reszission des Testaments und dadurch herbeigeführte Eröffnung der Intestaterbfolge betrachtet werden darf (s. unten §. 472). Doch machte ein Reskript von Antonin die Aenderung, daß präterirte Töchter auch durch Vermittlung der bon. poss. contra tabulas nicht mehr erlangen sollten, als ihnen zivilrechtlich durch die oben angedeutete Anwachsung zukäme, Gai II. 126.

C. Eine sehr wesentliche Veränderung mit dem bisher geschilderten Rechte nahm Justinian vor. Dieser nämlich verordnete in l. 4. C. de liber. praeter. (6, 28) vgl. mit §. 5. J. de exher. liberor., daß künftig aller Unterschied zwischen den berechtigten Deszendenten männlichen und weiblichen Geschlechts, so wie zwischen den Kindern des ersten und der entfernteren Grade wegfallen solle,

und zwar sowohl in Betreff des Inhalts der Verbindlichkeit, als auch der Folgen, wenn dagegen gefehlt war. Hiernach stellt sich für das Justinianische Recht der einfache Satz heraus: jeder männliche Aszendent hat alle seine agnatisch gebornen Deszendenten, sofern dieselben nur die nächsten in ihrem Stamme zur Erbfolge Berufenen sind, und nicht in einer fremden Familie stehen, also alle liberi in dem technischen Sinne d. W. entweder zu instituiren, oder namentlich zu exherediren. Ist aber gegen diese Verbindlichkeit gefehlt worden, so muß auch noch jetzt unterschieden werden, ob der Agnationsnexus des präterirten Deszendenten aufgehoben ist, oder nicht. Im erstren Falle kann derselbe auch noch jetzt das Testament in keiner Weise als nichtig anfechten, sondern er kann sich nur der **bonorum possessio contra tabulas** bedienen, die also auch im neuesten Rechte als eine **necessaria** vorkommt. Gehört aber der präterirte Deszendent noch wirklich zu den **suis**, so tritt allgemein Nullität des Testaments ein, ohne daß noch zwischen Söhnen und Töchtern, oder Kindern des ersten oder der entfernteren Grade unterschieden werden kann, und nur das versteht sich, daß, wenn ein **postumus suus** präterirt ist, das Testament nicht von Anfang an nichtig ist, sondern erst nachher mit der **agnatio** oder **quasi-agnatio postumi** rumpirt wird. — Ganz vorzüglich ist bei dieser wichtigen Verordnung noch zu beachten, daß dadurch weder der Kreis der zu bedenkenden Personen erweitert, noch auch irgend der Unterschied zwischen dem Zivil- und dem prätorischen Rechte aufgehoben werden sollte, sondern daß bloß und allein die Verschiedenheiten, welche nach dem früheren Rechte das Geschlecht und der Grad machten, vernichtet, und die Töchter und Enkel also den Söhnen gleichgestellt wurden. Wie doch früher so häufig das Gegentheil behauptet werden konnte, vgl. z. B. die bei Glück VII. S. 298 fgg. Not. 31. Zitt., ist wahrhaft unbegreiflich, und die Auktorität des Theophilus **ad §. 5. J. de exher. liber.** darf uns unmöglich zu einer solchen Annahme verleiten, da bei einer nur irgend aufmerksamen Betrachtung des Gesetzes die völlige Unhaltbarkeit derselben nicht bezweifelt werden kann, vgl. auch Glück a. a. O., Bluntschli l. c. S. 116, Francke S. 163 fgg., Mühlenbruch XXXVII. S. 93 fgg., bes. S. 101 fgg.

II. Die bisher dargestellte Verbindlichkeit verhinderte Niemanden, ganz willkürlich jeden auch noch so nahen Verwandten auszuschließen, wenn man nur die gehörige Form beobachtet hatte. Dieser Willkür wurde aber durch die nachher eingeführte **querela inofficiosi testamenti** gesteuert, die sich wohl ohne Zweifel aus dem Gerichtsgebrauch des Zentumviralgerichts entwickelte, vgl. auch **l. 4. C. de liber. praeter.** [„**Tum etiam *centumviri* aliam differentiam introduxerunt**"], vgl. **l. 13. de inoff. test.** (5, 2), **l. 30. de liberat.** (34, 3). Die Hypothese von Cujacius, **obss. II. 21, XIV. 14**, daß durch eine besondere ***lex Glicia*** das Pflichttheilsrecht entstanden sei, beruht nur auf der durchaus unsichern Inskription der **l. 4. de inoff. test.**, und dagegen spricht wohl schon entscheidend die Fiktion, die man zur Begründung dieser Klage nöthig zu haben glaubte, die Annahme nämlich, der, welcher ohne Grund seinen nächsten Verwandten nichts hinterlassen habe, sei nicht bei Sinnen gewesen (**color insaniae**), **l. 2. de inoff. test.** (5, 2). Nimmt man den Gerichtsgebrauch und die Doktrin als Quelle des Pflichttheilsrechts an, so erklärt sich auch leicht der wenigstens in

den Konstitutionen nicht selten vorkommende Name *Falcidia*, cf. l. 31. C. de inoff test. (3, 28), l. 5. §. 3. C. ad leg. Jul. maj. (9, 8), denn es ist sehr natürlich, daß man die Größe der portio debita nach Analogie der lex Falcidia bestimmte, und in der That lag dies nahe, denn gleichwie nach diesem Gesetze man den Testamenterben wenigstens ¼ ihrer Portion freilassen mußte, so sollten auch die nächsten Verwandten wenigstens auf ¼ ihrer Intestatportion festen Anspruch haben. Es unterscheidet sich aber dieses Pflichttheilsrecht in seinem Grundwesen von dem vorher besprochenen Notherbenrecht, denn:

1) während dieses Letztre sich rein auf die Form der Bedenkung bezieht, ist das Erstre umgekehrt rein materiell, indem danach gewisse Personen nur einen Anspruch auf einen quoten Theil ihrer Intestatportion haben, nicht aber auch darauf, daß derselbe ihnen auf eine besondere Weise hinterlassen werde. Mögen sie also denselben titulo universali oder singulari erhalten haben, immer ist ihren Ansprüchen genügt.

2) Die berechtigten Personen sind hier ganz anders zu bestimmen, denn nicht nur agnatisch gebornen Deszendenten muß der Pflichttheil hinterlassen werden, sondern im Allgemeinen allen erbberechtigten Deszendenten (so daß also auch der Mutter und den mütterlichen Großeltern diese Verbindlichkeit obliegt) und nicht blos diesen, sondern auch den Aszendenten, und selbst den Geschwistern, sofern sie nur consanguinei sind.

3) Eben so sind auch die Folgen, wenn gegen diese Verbindlichkeit gefehlt ist, ganz anders zu bestimmen; denn es wird hier das Testament weder nichtig, noch auch kann die bonorum possessio contra tabulas gebraucht werden, sondern das Testament ist giltig errichtet, kann aber mit der eigenthümlichen Inoffiziositäts-Querel reszindirt werden, die sich als eine qualifizirte hereditatis petitio ab intestato herausstellt.

Auch in Beziehung auf dieses Pflichttheilsrecht machte übrigens Justinian wesentliche Veränderungen, denn nicht nur, daß er die Größe des Pflichttheils bedeutend erhöhte, Nov. 18, so verordnete er auch, daß nicht mehr, wie früher, jede Verletzung des Pflichttheils-Rechts die querela inoff. test. zur Folge haben, sondern daß dies nur dann der Fall sein solle, wenn dem Berechtigten gar nichts hinterlassen sei. In jedem andern Falle steht demselben jetzt nur noch ein Recht auf Ergänzung des Pflichttheils, nicht aber auf die Eröffnung der Intestatsuccession zu.

III. Zu diesen beiden Verpflichtungen fügte Justinian in der Nov. 115 noch eine dritte, die sich von beiden gleich wesentlich unterscheidet, denn

1) der Inhalt der Verbindlichkeit ist im Allgemeinen so zu bestimmen, daß man gewisse Personen nothwendig, wenn nicht besondre Ausnahmen eintreten, zu Erben einsetzen muß. Es ist also weder genug, daß man denselben einen gewissen Theil des Vermögens hinterläßt, noch auch hat man die Wahl zu instituiren oder zu exherediren, sondern die Berechtigten haben einen festen Anspruch auf das nomen heredis.

2) Was die berechtigten Personen anbelangt, so gehören weder alle Pflichttheils-Berechtigten hierher, noch auf der andren Seite blos diejenigen, die schon nach altem Rechte einen Anspruch auf formelle Bedenkung haben, sondern dieselben

müssen im Allgemeinen dahin bestimmt werden, daß alle erbberechtigten Deszendenten und Aszendenten einen solchen Anspruch haben.

3) Endlich ist auch das Rechtsmittel, wenn gegen diese Verbindlichkeit gefehlt wird, besonders geeigenschaftet, denn mag man in Betreff des remedium ex Nov. 115. einem Systeme folgen, welchem man will, immer ist so viel gewiß, daß sich dasselbe wesentlich sowohl von der alten s. g. Nullitäts-, als auch von der Inoffiziositäts-Querel unterscheidet. —

Aus dieser Uebersicht ergibt sich von selbst der Plan der nachfolgenden Darstellung. Zunächst müssen die drei, hier angedeuteten, Verbindlichkeiten, jede für sich, im Detail entwickelt werden (Abschnitt I—III). Dann ist das Verhältniß derselben zu bestimmen (§. 486), und endlich sind noch anhangsweise in einem vierten Abschnitte einige spezielle Erörtrungen hinzuzufügen, namentlich über das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe und des parens manumissor. Hier würde denn auch noch die Lehre von der Quarta Divi Pii entwickelt werden müssen, wenn dieselbe nicht schon in einem andren Zusammenhange dargestellt wäre, vgl. Bd. I. §. 252.

Abschnitt I.

Von der Verbindlichkeit zu instituiren oder rite zu exherediren.

Inst. II. 13. de exheredat. liberor.; Dig. XXVIII. 2. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis; Cod. VI. 28. de liberis praeteriis vel exheredatis, VI. 29. de postumis heredibus instituendis vel exhered. vel praet. — Ad. Schmidt, das formelle Recht der Notherben Leipz. 1862.

I. Von den berechtigten Subjekten. §. 468.

Scaevola l. 29. de liber. et postum. hered. instit. [1]): Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *si filius meus vivo*

---

1) Ich lasse dieses berühmte Gesetz (die s. g. lex *Gallus*) nicht blos darum hier vollständig abdrucken, um eine Grundlage für mündliche Erörterungen zu haben, sondern auch vorzüglich darum, weil dasselbe in unsren Ausgaben des Korp. jur. noch immer in einer vielfach ungenießbaren Gestalt vorkommt. Dasselbe gehört zu den s. g. leges damnatae, und ist unendlich oft kommentirt

me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto. §. 1. Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. §. 2. Idem credendum est, Gallum existimasse et de pronepote, ut dicat testator: *si me vivo nepos*[2]) *decedat, tunc qui ex eo pronepos* et cetera. §. 3. Sed et si vivo filio, jam mortuo nepote[3]), cujus uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicerė: *si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos* . . . §. 4. Num si et filius et nepos vivant, concipere poterit[4]): *utriusque mortuis vivo se, tunc qui pronepos nasceretur?* Quod similiter admittendum est, ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur. §. 5. Et quid, si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquae et ignis interdictionem pateretur[5])? Quid, si nepos, ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset? Hi enim casus et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Vellejam, sed ex sententia legis Vellejae haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint. §. 6. Quid, si, qui filium apud hostes habeat, testaretur? Quare non induxere, ut, si antea quam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris, decederet, tunc deinde nepos, vel etiam illo vivo[6]), post mortem scilicet avi, nasceretur

---

worden, zuletzt von Francke a. a. O. S. 23 fgg. und von Mühlenbruch XXXVI. S. 181 fgg., welcher auch in Not. 2. die vorzüglichsten früheren Erklärer anführt.

2) Bei Mühlenbruch S. 189 steht Statt nepos *filius*, doch gewiß nur in Folge eines Druckfehlers.

3) Die Lesart der Florent.: pronepote ist offenbar sinnlos.

4) Das *poterit* fehlt in der Florent.

5) In der Florent. steht: interdictione peteretur.

6) Handschriften und Ausgaben lesen übereinstimmend: *Illis vivis*, und auch Mühlenbruch S. 249 fgg. nimmt diese Lesart in Schutz. Scävola behandele hier nämlich in kombinirter Darstellung die beiden Fälle, wenn ein *nepos*, und wenn ein *pronepos* postumus instituirt seien, und er habe hier wahrscheinlich so geschrieben: tunc deinde nepos vel etiam *pronepos*, illis vivis, post mortem scilicet avi *vel proavi* nasceretur rel. Ich kann dieser Ansicht unmöglich beistimmen, denn nicht nur, daß eine solche kombinirte Darstellung

non rumperet — nam hic casus ad legem Vellejam non pertinet —? Melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, praesertim post legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus; atque etiam, si generaliter: quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut: quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur. §. 7. Si ejus, qui filium habeat, et nepotem ex eo instituat, nurus praegnans ab hostibus capta sit, ibique vivo filio [7]) pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Vellejam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit, possitque vel ex jure antiquo vel ex Velleja institutus non rumpere? Quod et [8]) quaerendum est, si jam mortuo filio nepotem [9]) instituat, redeatque mortuo

---

höchst verwirrend sein würde, und überdies Scävola sowohl vor- als nachher schlechterdings nur den Fall vor Augen hat, wenn ein *nepos* postumus instituirt ist, so kann auch das: vel etiam unmittelbar vor: illo vivo gar nicht entbehrt werden. Denn es sollen hier die beiden Fälle behandelt werden, wenn der Enkel nach dem Tode seines kriegsgefangenen Vaters („tunc deinde"), oder auch noch bei Lebzeiten desselben („vel etiam vivo illo") geboren wird. Meines Erachtens kann hier schlechterdings nicht anders geholfen werden, als daß man statt illis vivis liest: illo vivo, wodurch alle Schwierigkeiten vollständig beseitigt werden; s. auch Francke S. 28.

7) In der Flor. fehlt das Wort *filio*, während in mehreren andren Handschriften und Ausgaben steht: avo et ejus filio. Beachtet man, daß Scävola in diesem §en die beiden Fälle neben einander stellen will, wenn der instituirte Enkel „jam mortuo filio", und wenn er „vivo filio" in der Kriegsgefangenschaft geboren wird, so rechtfertigt sich wohl die hier gewählte Lesart von selbst.

8) In der Florent. fehlt das *et*, dessen Hinzufügung mit Haloander doch wohl weniger gewaltsam ist, als mit vielen Ausgaben *quod* in *idem* zu verwandeln.

9) Die Flor. liest *pronepotem*, wo dann aber, wenn ein nur irgend passender Sinn entstehen soll, nachher statt mortuo *eo* gelesen werden müßte: mortuo *nepote*. Aber selbst dann wäre noch immer kein wahrer Zusammenhang zwischen den beiden Sätzen des §. 7, während derselbe vollkommen hergestellt wird, wenn man statt pronepotem liest nepotem (vgl. Not. 7). Der Einwand von Mühlenbruch a. a. O. S. 257, daß der Fall, wenn der Testirer nach dem Ableben seines Sohnes einen noch nicht gebornen Enkel einsetzte, ohne alle Frage zum ersten Kapitel der lex Velleja gehört habe, und daß sich also, wenn

eo. Sed quum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert, utrum ex jure antiquo, an ex lege Velleja excludatur. §. 8. Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque mortuo[10]) patre, deinde avo nascatur, an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset. Quod minime est expavescendum; hic enim suus heres nascitur, et post mortem nascitur. §. 9. Ergo et sic[11]) pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset adoptato[12]). §. 10. In omnibus his speciebus illud observandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam; quod non est necessarium in eo filio, qui apud hostes est, et ibi decedat, et in nepote certe et pronepote, quorum, si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt praeteriri. §. 11. Nunc de lege Velleja

man nepotem lese, der Zweifel Scävola's nicht wohl erklären lasse, scheint mir ungegründet, indem ja das erste Kapitel nur auf diejenigen postumi ging, welche noch bei Lebzeiten des Testators in Suitätsverhältniß mit demselben traten, und gerade diese letztre Annahme war bei dem Enkel, der zwar bei Lebzeiten des Großvaters geboren, aber erst nach dem Tode desselben („mortuo eo", sc. avo) aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehrte, problematisch.

10) Es wird h. z. T. wohl von keinem Ausleger mehr bezweifelt, daß statt des *vivo* patre der Florent. nothwendig mit andern Handschriften gelesen werden muß: *mortuo* patre rel. Der hier entschiedene Fall ist nämlich offenbar folgender: Es hat Jemand, ohne des nepos postumus Erwähnung zu thun, seinen pronepos postumus für den Fall eingesetzt, daß der Sohn bei seinen, des Testators, Lebzeiten versterbe (etwa: Filius heres esto; si filius vivo me morietur, tunc qui pronepos.). Jetzt wird noch bei Lebzeiten des Sohnes ein Enkel geboren, der nachher mit Hinterlassung einer schwangeren Wittwe verstirbt. Nach ihm stirbt auch der Sohn des Testators, und nun (also nach dem Tode seines Vaters und Großvaters) wird der Urenkel geboren. S. auch Francke S. 30, Mühlenbruch S. 259 fgg.

11) In der Florent. steht *si;* das in andern Handschriften vorkommende *sic* ist unbedenklich als richtig anzunehmen.

12) Die Florent. hat hier *adoptatur*, was offenbar sinnlos ist. Ueber die vielfachen Emendations-Versuche bei dieser Stelle vgl. Mühlenbruch S. 264 fgg. Ich nehme keinen Anstand, die scharfsinnige Konjektur von Francke S. 31, dem auch Mühlenbruch S. 269 beitritt, in den Text aufzunehmen, da hierdurch ein sehr passender, an den Inhalt des vorigen §en sich eng anschließender Sinn entsteht.

videamus; voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. §. 12. Et videtur primum caput eos spectare, qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo, si filium habeas, et nepotem nondum natum tamen ex eo heredem instituas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre[13]); quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus, quo nascitur? nam et ita verba sunt: *Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit* etc. *etiamsi parente vivo nascantur*. §. 13. Sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum; et ita interpretandum est, ut, si et filium et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque[14]) pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus, nec solum si nepos vivo patre decedat, ne[15]) succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed

13) In der Florent. folgt hier noch das Wort *nascatur*, was nothwendig weggestrichen werden muß, indem offenbar das vorhergehende instituatur auch hierher bezogen werden muß. Die Instituirung des Enkels, der noch bei Lebzeiten seines Vaters geboren wird, ist nicht durch das erste Kapitel der lex Velleja normirt, vgl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 25 fgg.

14) So muß gewiß mit mehreren Handschriften statt des *utique* der Florent. gelesen werden.

15) In der Florent. steht *nec*, und dies wird auch nach dem Vorgang mehrerer Aelteren von Mühlenbruch S. 218 fgg. in Schutz genommen. Die Auslegung desselben scheint mir aber schlechthin unzulässig. Er nimmt nämlich an, Scävola habe mit den Worten nec succedens rel. andeuten wollen, unter welcher Voraussetzung die Einsetzung eines pronepos, wenn der nepos bei Lebzeiten des filius verstirbe, giltig bleibe, nämlich „er dürfe nur nicht selber, wenn er in die Stelle seines Großvaters einrückt, das Testament rumpiren", was mit andern Worten heißen soll: „nur müsse auch der Großvater [der Sohn des Testators] eingesetzt oder enterbt sein". Kann denn aber, wenn der Sohn des Testators präterirt ist, noch von einer Ruption des Testaments durch den nachrückenden Urenkel die Rede sein, oder ist nicht vielmehr das Testament gleich von Anfang an nichtig? und wie wunderlich hätte sich offenbar Scävola, wenn er die Erbeinsetzung oder Enterbung des Großvaters mit jenen Worten postulirt

et si supervixerit patri ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus. §. 14. Videndum, num hac posteriore parte: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus in locum suorum sui heredes succedendo* etc.[16]) possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum, si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat; nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod, licet audenter, possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire. §. 15. Ille casus in difficili est, si filium habeas et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore, quo nascitur, nec posteriori alius succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui jam natus erat. Denique et superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui quum nascentur, sui erunt, permittit; posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo jure potuit, qui nondum natus erat. Juliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. §. 16. Quaeremus tamen, cum recepta est Juliani sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem? Quod magis probandum est, nam emancipatione suus heres fieri non potuit.

---

hätte, ausgedrückt! — Liest man mit Francke S. 36. Not. 41. Statt *nec* — *ne*, so verschwinden alle Schwierigkeiten, indem dann Scävola mit diesen Worten nicht die Bedingung angiebt, unter welcher die Einsetzung des pronepos in dem gegebenen Falle giltig bleibe, sondern vielmehr den Rechtssatz selbst ausspricht, daß das Nachrücken des eingesetzten pronepos in dem vorliegenden Falle das Testament nicht rumpire.

16) Die Florent. liest *succedunto*. Da es aber ganz unglaublich ist, daß die lex Velleja etwas befehlsweise angeordnet haben sollte, was sich schon ganz von selbst verstand, so hat die scharfsinnige Konjektur von Mühlenbruch S. 233 fgg., *succedendo* zu lesen, alles Mögliche für sich. Die lex Velleja lautete nämlich sehr wahrscheinlich: „— — liberi — — — succedendo ne rumpunto rel.“ Die folgenden Worte hinter succedendo ließ aber der Jurist weg, weil es darauf hier nicht ankam. Das „etc.“, was in allen unsern Handschriften hinter den Worten *liberi ejus* steht, gehört gewiß hinter das Wort *succedendo*.

Anm. 1. Zu den formell zu bedenkenden Personen gehören auch die *postumi sui*, d. h. alle diejenigen, welche erst nach errichtetem Testament in die unmittelbare Gewalt des Testators kommen, oder gekommen sein würden, wenn derselbe nicht vorher verstorben wäre; und dahin gehören also 1) als eigentliche postumi diejenigen nach dem Testament gebornen Kinder, welche unmittelbar durch ihre Geburt in das Suitätsverhältniß eintreten, und 2) als solche, qui postumorum loco sunt, a) die nach dem Testamente Adoptirten, Arrogirten und Legitimirten, Gai. II. 138, Ulp. XXIII. 3. §. 1. J. quib. mod. test. infirm. (2, 17), l. 8. de test. milit. (29, 1) — b) diejenigen, welche durch successio in suorum heredum locum Suitätsrecht erlangen, d. h. dadurch, daß der zwischenstehende Ascendent wegfällt, l. 29. pr. §. 1—5. de lib. et post, endlich c) das Kind, welches dadurch postumus suus seines Vaters wird, daß der Großvater hinwegfällt, l. 28. §. 1. de liber. et post.

In Betreff aller dieser postumi bot aber das ältere Recht die eigenthümliche Erscheinung dar, daß selbst die Erbeinsetzung oder Exheredation derselben die Ruption des Testaments nicht verhindern konnte, denn in Betreff der eigentlichen postumi war die Einsetzung oder Enterbung schon an sich ungiltig, wegen der Grundsätze über personae incertae (s. oben S. 82 fgg.) und in Betreff der übrigen postumi konnte eine solche Berücksichtigung die Ruption nicht abwenden, weil dieselben doch nicht in ihrer Qualität als *sui* — denn das waren sie ja zur Zeit der Testaments-Errichtung noch nicht — berücksichtigt sein konnten. Dieser Uebelstand wurde später, aber freilich nur schrittweise, beseitigt, und zwar sind hier besonders folgende Momente in's Auge zu fassen. (Vgl. außer den schon angeff. Francke und Mühlenbruch auch noch Heumann in Gieß. Zeitschr. XIX. S. 309 fgg. und Schmidt a. a. O. S. 25 fgg.).

1) Schon frühe, ohne daß sich eine besondere Quelle nachweisen läßt, wurde es gestattet, sein Kind für den Fall, daß dasselbe erst nach dem Tode des Testators geboren werde, zu instituiren oder zu exherediren (s. g. postumi legitimi), Ulp. XXII. 19, und freilich war hier eine Abhilfe am dringendsten nöthig, weil ja durch ein neues Testament unmöglich nachgeholfen werden konnte. — Was man übrigens hiernach bei Söhnen und Töchtern annahm, galt ohne Zweifel auch von Enkeln, wenn der Sohn schon zur Zeit der Testaments-Errichtung weggefallen war.

2) Einen weiteren Schritt that Gallus Aquilius, der bekannte Zeitgenosse und Freund von Cicero, indem er eine Formel einführte, wodurch es möglich wurde, einen Enkel auch für den Fall zu instituiren, wenn der Sohn zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte, aber bei Lebzeiten des Testators verstirbt, und dann nach beider Tode der Enkel geboren wird (s. g. postumi Aquiliani), l. 29. pr. h. t. Daß man sich nicht buchstäblich an diese Aquilische Formel hielt, l. 29. §. 1. cit., war eben so natürlich, als daß man dieselbe mit den entsprechenden Veränderungen auch für die Einsetzung eines pronepos postumus anwandte, sei es, daß der Sohn schon todt war, der Enkel aber noch zur Zeit des Testators lebte, oder umgekehrt der Enkel todt war, aber der Sohn noch lebte, oder Beide zwar noch jetzt lebten, aber der Tod Beider bei Lebzeiten des Testators erwartet wurde, l. 29. §. 2—4. cit. — Immer aber

versteht sich bei Anwendung dieser Formel von selbst, daß der Sohn rite **instituirt** sein muß, weil eine exheredatio post mortem exheredati ungiltig ist, l. 29. §. 10. cit., vgl. auch l. 10. §. 2. de lib. et post.

3) Noch weiter ging die *l. Junia Velleja* (wahrscheinlich vom J. 763 p. U. c.), wodurch die Ruption der Testamente durch solche postumi verhütet werden sollte, welche noch bei Lebzeiten des Testators zum Vorschein kamen. Das Gesetz handelte hiervon in zwei Kapiteln, und zwar bezog sich

a) das **erste Kapitel** auf solche Deszendenten, welche zwar nach dem Testamente, aber noch bei Lebzeiten des Testators geboren werden, und sogleich mit der Geburt sui sind, l. 29. §. 12. §. 15. cit. Nach dem allgemeinen Wortausdruck erstreckte sich dasselbe nicht blos auf Söhne, sondern auch auf Enkel, und zwar in dem letztren Falle ohne Unterschied, ob der Sohn zur Zeit der Testamentserrichtung schon verstorben war, oder nicht, wenn er nur im Augenblick der Geburt des Enkels nicht mehr lebte, l. 29. §. 12. cit. — Solche postumi nun (s. g. postumi Vellejani primi [sc. capitis]) sollen giltig instituirt oder exheredirt werden dürfen — was früher nicht der Fall war —, und dadurch war ein Mittel gegeben, die Ruption des Testaments abzuwenden.

b) Das **zweite Kapitel** erstreckte sich umgekehrt auf solche Deszendenten, welche zur Zeit der Testamentserrichtung zwar schon geboren, aber noch keine sui waren, weil noch eine oder mehrere andere Personen in der Mitte standen, l. 29. §. 13—15. cit. Daß die Erbeinsetzung solcher Deszendenten auch schon früher erlaubt war, versteht sich von selbst, und es konnte also nicht die Absicht der lex Velleja sein, eine solche Erlaubniß zu ertheilen. Wohl aber enthielt sie die Vorschrift, daß, wenn ein solcher Deszendent rite instituirt oder exheredirt sei, und er werde nun durch das Wegfallen der Mittelsperson bei Lebzeiten des Testators zum suus (s. g. postumi Vellejani secundi [capitis]), das Testament — anders wie im früheren Rechte, wo nur ein neues Testament nachhelfen konnte — nicht mehr rumpirt werden solle. Diese Bestimmung bezog sich denn auch nicht blos auf den nepos, sondern auch auf den pronepos, und zwar ist es in Beziehung auf den Letztren gleichgiltig, ob erst der Enkel und dann der Sohn, oder ob umgekehrt erst der Sohn und dann der Enkel weggefallen sind, nur daß im letzten Falle auch der Enkel [der Vater des pronepos] rite instituirt oder exheredirt sein muß, damit nicht durch **ihn**, wenn der Sohn weggefallen ist, das Testament rumpirt werde, l. 29. §. 13. cit.

4) Durch diese gesetzlichen Bestimmungen waren jedoch noch immer nicht alle möglichen Fälle erschöpft, aber eine gewiß sehr konsequente Doktrin scheute sich nicht, auch die noch übrigen Fälle im Geiste jener gesetzlichen Bestimmungen zu normiren, und zwar geschah dies insbesondre in der Art, daß man:

a) die beiden Kapitel der lex Junia Velleja gleichsam kombinirte, wie namentlich auf die Auktorität des **Salvius Julianus** dann, wenn der postumus erst nach dem Testamente geboren, aber doch nicht sogleich bei der Geburt sondern erst hinterher durch Wegfallen der Mittelspersonen suus wird (s. g. postumi Salviani oder Juliani), l. 29. §. 15. und daß man:

b) die Analogie der lex Velleja auch in solchen Fällen anwandte, die an sich außer der Sphäre dieses Gesetzes lagen, weil der postumus nicht schon

bei Lebzeiten des Testators entstand; mit andren Worten, daß man im Geiste der **lex Velleja** den Kreis der **postumi Aquiliani** erweiterte, wovon mehrfache Beispiele in l. 29. §. 5—9. cit. vorkommen.

5) Durch die bisher betrachteten Grundsätze war genügend für die Möglichkeit gesorgt, die Ruption eines Testaments durch solche postumi zu verhüten, welche durch Geburt oder durch Nachrücken entstehen. Aber selbst hierbei blieb die Doktrin nicht stehen, indem dieselbe ähnliche Grundsätze für die andren, im Anfang dieser Anm. angedeuteten Arten der postumi aufstellte. So wurde nämlich:

a) auch für den Fall, wenn Jemand durch den Tod des Großvaters postumus suus seines Vaters geworden war, angenommen, daß das von dem Vater vorher über sein kastrensisches Pekulium errichtete Testament nicht rumpirt werde, wenn der Sohn in demselben rite instituirt oder exheredirt sei „**quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem**", l. 28. §. 1. de liber. et post.

b) Wenn ein postumus durch Adoption oder Arrogation entsteht, so lehrt noch Gaius II. 140, daß das vorher errichtete Testament selbst dann rumpirt werde, wenn der nachher Adoptirte in demselben zum Erben eingesetzt sei, während dagegen schon Scävola in l. 18. de inj. rupt. test. (28, 3), und Papinian in l. 23. §. 1. de lib. et post. die umgekehrte Meinung vertheidigen, die denn auch als die im Justinianischen Rechte rezipirte anzusehen ist, vgl. auch noch l. 6. pr. eod. Wäre dagegen ein extraneus exheredirt und nachher adoptirt worden, so muß gewiß auch noch für das neueste Recht die Ruption des Testaments behauptet werden, l. 8. §. 8. de bon. poss. c. t. (37, 4), weil **exheredatio res in extraneo inepta est**, l. 132. de V. O. Doch leidet dies eine Ausnahme, wenn ein emanzipirter, oder in Adoption gegebener Sohn exheredirt, und nachher wieder arrogirt oder readoptirt wird, denn in beiden Fällen bleibt das Testament bestehen, l. 23. pr. de liber. et post., l. 8. §. 7. de bon. poss. c. t. (37, 4) — l. 8. §. 10. eod., bei dem emancipatus schon darum, weil die Exheredation desselben, wenigstens nach prätorischem Rechte, nothwendig, also keine **res inepta** war, bei dem in **adoptionem datus** aber wohl deßhalb, weil auch hier die Exheredation als eine vorsorgliche Maaßregel für den, von dem Willen des Testators ganz unabhängigen, Fall erscheint, daß derselbe aus der Adoptivfamilie entlassen und so wenigstens nach prätorischem Rechte Notherbenrecht gegen den leiblichen Vater erringen würde. — Wendet man diese Grundsätze konsequent auf den durch Legitimation entstehenden postumus an, so muß hier ohne Zweifel der Grundsatz aufgestellt werden, daß zwar die Institution, aber nicht auch die Exheredation desselben, die Ruption des vor der Legitimation errichteten Testaments abwendet. Vgl. auch Francke S. 41 fgg., Mühlenbruch S. 279 fgg., Leist, Bon. poss. Bd. II. Abth. 1. S. 222 fgg.

6) Schließlich ist hier noch eine wichtige Verordnung von Justinian anzuführen. Wenn nämlich auch nach dem Bisherigen auf das Vollständigste die Möglichkeit gegeben war, die Ruption des Testaments abzuwenden: so mußte doch der Testator bei der Wahl der zu gebrauchenden Ausdrücke sorgsam verfahren, denn: „**si alterutur casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus est, natus**

rumpit testamentum", l. 10. de lib. et post., cf. Paul. rec. sent. II. 4. B. §. 9. Dieses strenge Recht wurde nun durch Justinian in l. 4. C. de post. hered. instit. (6, 29) dahin geändert, daß der Ausdruck der Einsetzung nicht mehr entscheiden soll, sondern, wenn ein postumus den Worten nach auch nur für einen Fall instituirt ist, diese Einsetzung doch auf alle möglichen Fälle des Agnaszirens bezogen werden soll; Francke S. 76 fgg., Mühlenbruch S. 291 fgg. Auf den Fall der Enterbung ist aber diese Verordnung doch wohl nicht zu beziehen, denn: „exheredationes non sunt adjuvandae", l. 19. de lib. et post.

Anm. 2. Nach dem prätorischen Edikte sind nicht blos die *sui*, sondern auch außerdem noch alle die liberi formell zu berücksichtigen, welche in der Klasse *unde liberi* zur Intestatsuccession gerufen werden. Detaillirte Ausführungen hierüber s. noch bei *Foerster*, de bon. poss. contra tabul. p. 152 sqq., Fritz in v. Löhrs Magaz. Bd. IV. S. 255 fgg., Francke §. 10, Mühlenbruch XXXVII. S. 52 fgg., Schmidt S. 71 fgg., Schirmer, Handb. I. S. 141 fgg.

II. Von dem Inhalt der Verbindlichkeit.

A. Erbeinsetzung. §. 469.

Anm. Damit der Notherbe nicht als präterirt angesehen werden könne, ist vor allen Dingen erforderlich, daß die Erbeinsetzung unbedingt geschehen ist. Doch muß hierbei zwischen dem Zivil- und dem prätorischen Rechte unterschieden werden:

A. Nach Zivilrecht gilt im Allgemeinen die Regel, daß, wenn ein suus unter einer Suspensiv-Bedingung eingesetzt ist, die Erbeinsetzung und damit das ganze Testament nichtig ist, und selbst die Zufügung von unmöglichen Bedingungen, die doch sonst als nicht beigefügt angesehen werden, s. oben S. 106 fgg., bringt diese Wirkung hervor, l. 15. de condit. instit. (28, 7). Von dieser Regel kommen jedoch folgende Modifikationen vor:

1) wenn die Bedingung rein von dem Willen des eingesetzten *suus* abhängt, l. 4. 6. 69. 86. de hered. instit. (28, 5), l. 12. 15. 28. de condit. institut. (28, 7), l. 20. §. 4. f. de bon. libert. (38, 2). Hat der unter einer solchen Bedingung eingesetzte suus Substituten oder Miterben neben sich, so fällt die Erbschaft, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, an diese, l. 4. pr. §. 2. de hered, inst. (28, 5), l. 28. de condit. instit. (28, 7). Sind aber keine Miterben oder Substituten vorhanden, so steht es nun in der Macht des suus durch bestimmte Erklärung entweder Testaments- oder Intestaterbe zu werden, nur daß er jedenfalls alle Legate auszahlen muß, l. 1. §. 8. si quis omissa causa test. (29, 4). Verstirbt er aber ohne solche Erklärung, und die Bedingung war von der Art, daß sie in dem letzten Augenblick des Lebens nicht mehr erfüllt werden konnte, so ist es schon bei Lebzeiten des suus gewiß geworden, daß dieselbe defizirte, und der suus hat also ipso jure die Erbschaft als Intestat-

erbe erworben, und überträgt sie demnach natürlich auf seine Erben. Ist aber umgekehrt die Bedingung der Art, daß sie noch im letzten Augenblick des Lebens erfüllt werden kann, so geht die Erbschaft nicht auf die Erben des suus, sondern auf die anderweiten Erben des Testators, l. 5. de hered. instit., l. 28. de cond. instit. — Ob übrigens eine Bedingung potestativ sei, ist nach den jedesmaligen individuellen Umständen zu ermessen, l. 4. §. 1. de hered. instit. (vgl. auch Maassen, zur Lehre v. d. Bedingungen S. 12 fgg.), und zwar muß dabei, was die Zeit anbelangt, wohl die Regel aufgestellt werden: wenn sich schon im Augenblick der Testaments-Errichtung oder doch bis zum Tode des Erblassers herausstellt, daß die Erfüllung der Bedingung unmöglich oder auch nur besonders schwierig sei, so gilt der suus als präterirt, l. 4. C. de instit. et subst. (6, 25); wird aber die Erfüllung erst nach dem Tode des Testators unmöglich oder schwierig, so muß die Bedingung als erfüllt angesehen werden, und der eingesetzte suus succedirt ex testamento, vgl. l. 3, l. 8. §. 7, l. 11. de condit. instit. (28, 7).

2) Auch dann ist die Erbeinsetzung eines Suus unter einer kasuellen Bedingung zulässig, wenn derselbe für den Fall der defizirenden Bedingung exheredirt ist; wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß die Entscheidung der Bedingung noch bei dem Leben des suus erfolgt, denn bei seinem Leben noch muß er instituirt oder exheredirt sein; sonst gilt er als präterirt, und ist also ipso jure Erbe geworden, l. 28. pr. de liber. et post. Uebrigens muß konsequent die exheredatio in contrarium casum auch selbst dann das Testament aufrecht erhalten, wenn die Einsetzung unter einer unmöglichen Bedingung geschah, arg. l. 16. de condit. instit., obwohl hier namentlich auch Francke S. 55 und Mühlenbruch S. 385 a. M. sind.

3) Eine Modifikation der obigen Regel tritt auch dann ein, wenn von einem Postumus die Rede ist. Dieser rumpirt nämlich nur, wenn er in dem Moment, in welchem er Notherbe wird, nicht eingesetzt oder enterbt ist. War er also unter einer Bedingung eingesetzt, und diese ist schon vor seiner agnatio oder quasi agnatio eingetreten, so muß das Testament giltig bleiben, l. 22. 24. de lib. et post.

4) Nach Pandektenrecht trat jene Regel auch nicht bei solchen Töchtern und Enkeln ein, die schon im Augenblick der Testaments-Errichtung Notherbenrecht hatten, l. 4. pr., l. 6. §. 1. de hered. inst., l. 1. §. 8. de suis et legit. heredib. (38, 16). Ob dies noch im Justinianischen Rechte Geltung habe, ist bestritten; denn während z. B. Francke S. 48 behauptet, dieses besondre Recht für Töchter und Enkel sei durch die allgemeine l. 4. C. de lib. praeter. aufgehoben worden, nimmt Mühlenbruch XXXVII. S. 215 fgg., XLI. S. 166 fg. das Gegentheil an, s. auch Wening, Lehrb. 5. Aufl. § 491. Not. m, Mayer, Erbr. I. §. 94. Not. 3 u. A. m. Ich muß mich unbedingt für die erstere Ansicht erklären, denn nicht nur, daß Justinian in l. 4. C. cit. und §. 5. J. de exhered. liber. mit ganz bestimmten Worten erklärt, er wolle das Recht, welches bis dahin nur für Söhne galt, auch auf Töchter und Enkel erstrecken (s. oben §. 467. Anm.), so müssen wir zu diesem Resultate auch durch die bekannte Auslegungsregel genöthigt werden, daß, wenn ein gesetzliches Prinzip

wegfällt, auch die Konsequenzen desselben als weggefallen angesehen werden müssen. Der Unterschied nämlich, welcher in Betreff bedingter Erbeinsetzungen zwischen Söhnen auf der einen, und Töchtern und Enkeln auf der andren Seite vorkam, ging leicht ersichtlich unmittelbar aus dem anderweiten Unterschiede hervor, daß nur die Präterition der Söhne, nicht aber auch die der Enkel und Töchter das Testament zu einem nichtigen machte (s. oben §. 467. Anm). Dieser Unterschied ist nun anerkannter Weise von Justinian in l. 4. cit. aufgehoben („ut et ipsa ad instar filii — — testamentum ipso jure evertat"), und damit muß denn von selbst jener anderweite Unterschied, welcher ja eine blose Konsequenz davon ist, wegfallen. Die Argumentation Mühlenbruch's (a. a. O.: jenes Recht der Haussöhne in Betreff der Bedingungen sei eine blose Ausnahme, l. 4. pr. de hered. instit., und es könne nicht angenommen werden, daß die Gleichstellung in l. 4. C. cit. auch auf dieses Ausnahmsrecht sich beziehe, ist gewiß verwerflich, denn mit völlig demselben Rechte dürfte man auch die Besonderheit, daß der Haussohn *nominatim* exheredirt werden mußte, und daß seine Präterition Nullität herbeiführte, als blose Ausnahme ansehen! Wenn aber Mühlenbruch ferner bemerkt: „die l. 4. cit. gebe ja den Söhnen und Enkeln nicht das besondere Recht der Haussöhne, sondern nur das der Söhne überhaupt auf namentliche Einsetzung oder Enterbung, so daß in dieser Hinsicht die gedachten Personen immer nicht mehr Recht in Anspruch nehmen könnten, als den emanzipirten Söhnen zustand", so liegt hier meiner Ueberzeugung nach ein Mißverständniß zu Grunde. Hält man nämlich nur den oben angedeuteten, und auch von Mühlenbruch selbst anerkannten Satz fest, daß auch nach der l. 4. cit. die Sphären des Zivil- und prätorischen Rechts in Betreff des Notherbenrechts streng geschieden bleiben müssen, und daß also die in jenem Gesetze ausgesprochene Gleichstellung nur stets innerhalb dieser Sphäre aufgefaßt werden muß, so kann es gar nicht bezweifelt werden, daß die filia sua und der nepos suus in allen Rücksichten dem filius *suus*, und nur die emanzipirte Tochter und der emanzipirte Enkel dem emanzipirten Sohne gleichgestellt ist; vgl. auch Arndts a. a. O. S. 83 fgg.

B. Wesentlich verschieden von den bisher dargestellten Grundsätzen sind die Prinzipien des prätorischen Rechts, was eben so, wie nach dem früheren Zivilrechte bei Töchtern und Enkeln, darauf beruht, daß die Präterition des Notherben nach prätorischem Rechte keine Nullität des Testaments herbeiführt. Sind nämlich liberi unter einer kasuellen Bedingung eingesetzt, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu sein, so sind sie deßhalb nicht von vorne herein zu der bonorum possessio contra tabulas berufen, sondern sie können pendente conditione nur, wie andre bedingt eingesetzte Erben auch, die bonor. poss. secundum tabulas agnosziren, so daß sie also, wenn später die Bedingung eintritt, durchaus testamentarische Erben sind. Fällt aber nachher die Bedingung hinweg, so verwandelt sich nun die bon. poss. secundum tabulas den Wirkungen nach in eine b. p. contra tabulas, und deren Resultate treten ein, l. 3. §. 11—14. de b. p. c. t. (37, 4), l. 2. §. 1, l. 5. pr. de b. p. s. t. (37, 11). Da hiernach der Einsetzung eines prätorischen Erben auch andere, als Potestativ-Bedingungen beigefügt werden können, so muß auch gewiß die Zufügung einer

unmöglichen Bedingung hier nicht anders, wie bei einem Extraneus beurtheilt werden, d. h. sie gilt als nicht zugefügt; denn daß sich dies bei dem suus anders verhält, hat seinen Grund eben nur darin, weil der Erbeinsetzung eines solchen nur eine Potestativ-Bedingung beigefügt werden darf, l. 15. de condit. inst. (28, 7). —

Das Verhältniß zwischen diesen verschiedenen Prinzipien des zivilen und des prätorischen Rechts ist im Allgemeinen einfach so zu bestimmen, daß der unter einer kasuellen Bedingung eingesetzte Suus die freie Wahl hat, ob er die zivilrechtliche Nullität oder die prätorische bonor. possessio secundum und resp. contra tabulas für sich in Anspruch nehmen will, daß aber die blos prätorischen Noth-erben, also der emancipatus und die ihm gleichgesetzten anderweiten liberi, auch nur die Grundsätze des prätorischen Edikts in Anwendung bringen können; vgl. l. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

Vgl. überhaupt *Fein*, de herede suo sub conditione instituto Gött. 1777, Francke S. 45 fgg. S. 130 fgg., Mühlenbruch XXXVI. S. 354 fgg., XXXVII. S. 76 fgg., XLI. S. 158 fgg., v. Buchholtz in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 322 fgg., Leist, Bonor. poss. Bd. II. Abth. 1. S. 161 fgg., Beckhaus, über die bedingte Erbeinsetzung des suus heres nach röm. Rechte. Köln 1858. Schmidt a. a. O. S. 41 fgg., S. 82 fgg.

Die Verordnung Justinian's in l. 32. C. de inoff. test. (3, 28) [s. unten §. 476. T. 2], wonach Bedingungen, welche der Bedeutung eines Pflichttheilsberechtigten beigefügt sind, für nicht zugefügt angesehen werden sollen, kann auf das bisher entwickelte Recht nur einen sehr mittelbaren Einfluß äußern. Es kann nämlich nicht bezweifelt werden, daß diese Verordnung schlechthin nur unter der zweifachen Voraussetzung anwendbar ist, wenn erstens das formelle Notherbenrecht vollständig gewahrt ist, und zweitens der Pflichttheilsberechtigte ohne diese Verordnung in der Lage wäre, wegen der beigefügten Bedingung die Inoffiziositätsquerel gebrauchen zu können, denn die klar ausgesprochene Tendenz des Kaisers ist eben nur die, das Testament gegen die Querel sicher zu stellen. Hieraus ergeben sich die einzelnen Fälle der Anwendbarkeit von selbst; vgl. auch v. Buchholtz a. a. O. S. 231 fgg., dessen Ausführungen jedoch mehrfach, in Gemäßheit des eben angedeuteten Prinzips, einer Berichtigung bedürfen; s. auch Mühlenbruch XLI. S. 169 fgg.

B. Enterbung. §. 470.

Paul. l. 19. de lib. et post.: Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit: *et in cetera parte exheres mihi erit,* et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videtur; et in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adjuvandas.

Anm. Unter den mehrfachen Erfordernissen einer gehörigen Exheredation (vgl. darüber Francke S. 59 fgg., Mühlenbruch XXXVI. S. 391 fgg., Arndts in Weiske's Rechtslex. III. S. 890 fgg., Schmidt a. a. O. S. 46 fgg.) ist besonders hervorzuheben, daß die Exheredation *ab omnibus gradibus* geschehen muß; d. h. wenn in dem Testamente Institutionen und Substitutionen angeordnet sind, so darf sich die Exheredation nicht blos auf die einen oder andren beziehen, sondern auf beide, es müßte denn sein, daß der Notherbe im ersten Grade selbst instituirt wäre, in welchem Falle natürlich eine Enterbung von den folgenden Graden nicht erforderlich ist, l. 14. §. 1. de liber. et post., l. 4. §. 2. de hered. instit. Nothwendig muß jedoch hier zwischen dem Zivil- und dem prätorischen Rechte unterschieden werden.

I. Fassen wir zunächst das Zivilrecht in's Auge, so ist hier die Unterscheidung zwischen solchen sui, die es schon im Augenblick des Testaments sind, und zwischen postumi sui wichtig, eine Unterscheidung, die darauf beruht, daß die Präterition der erstren das Testament von vorne herein annullirt, die der letztren aber nur das an sich giltige Testament ex post rumpirt. Ist nämlich:

A. ein schon lebender suus nicht von allen Graden exheredirt, so gilt die einfache Regel: eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, l. 14. §. 1. de liber. et post., l. 43. §. 2. de vulg. et pup. subst., und wenn also:

1) der suus beim ersten Grade präterirt, von dem zweiten exheredirt ist, so kommt nicht der suus, sondern der Substitut an die Reihe, und das Testament fängt also gleichsam mit dem zweiten Grade an, l. 3. §. 6. de lib. et post., l. 43. §. 2. de vulg. et pup. subst.

2) Wenn der suus vom ersten Grade exheredirt, bei dem zweiten präterirt ist, so wird derselbe durch die instituirten Erben des ersten Grades ausgeschlossen. Fallen aber diese aus irgend einem Grunde hinweg, so kommt die Erbschaft niemals an den zweiten Grad, sondern an den suus, oder an anderweite Intestaterben, l. 8. de lib. et post., l. 4. de inj. rupt. test. (28, 3).

3) Wenn der suus im ersten Grade präterirt, im zweiten instituirt ist, so ist derselbe als testamentarischer Erbe zur Erbschaft berufen, l. 75. de hered. instit., l. 43. §. 2. de vulg. et pup. subst.

B. In mehrfacher Beziehung anders gestalten sich dagegen die Verhältnisse, wenn ein Postumus nicht von allen Graden exheredirt ist. Wenn nämlich:

1) der postumus beim ersten Grade präterirt, von dem zweiten exheredirt ist, so muß unterschieden werden, ob schon dann, wenn der postumus suus erscheint, der erste Grad aus anderweiten Gründen hinweggefallen ist, oder nicht. Im erstren Falle verhält es sich, wie bei dem suus jam natus, d. h. der postumus wird durch die Substituten ausgeschlossen. Im zweiten Falle aber rumpirt das Erscheinen des postumus auch den zweiten Grad, und er kommt nun selbst zur Erbfolge; „rumpendo autem testamentum sibi locum facere postumus solet, quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere“, l. 5. de inj. rupt. test.

2) Wenn der postumus vom ersten Grade exheredirt, bei dem zweiten präterirt ist, so ist das Recht des postumus und des suus natus regelmäßig

gleich, vgl. die zweite Hälfte der l. 8. de lib. et post. (wo aber statt vivo *patre* gelesen werden muß vivo *primo*, s. auch Francke S. 78. Not. 16. und Mühlenbruch XXXVI. S. 441 fgg.). Wenn jedoch im ersten Grade Mehrere eingesetzt sind, und einer der Miterben fällt weg, so ist zu unterscheiden, ob der Postumus vor oder nach diesem Wegfallen zum Vorschein kommt. Im zweiten Falle, wo also der Substitut schon vor der agnatio postumi gleichsam in den ersten Grad hinaufgerückt war, zerstört der postumus den ganzen ersten Grad, weil er nun nicht mehr ab omnibus heredibus primi gradus exheredirt ist, und kommt also selbst zur Erbfolge, l. 19. pr. §. 2. de inj. rupt. test. Im ersten Falle aber wird der postumus durch das Anwachsungsrecht der andren Miterben des ersten Grades ausgeschlossen, denn der Substitut kann hier gar nicht mehr in den ersten Grad hinaufrücken, weil ja sogleich mit der agnatio postumi alle Erbeinsetzungen des zweiten Grads rumpirt sind, l. 14. pr. de lib. et post., verb.: nam et cum duobus rel. Vgl. Mühlenbruch XXXVI. S. 445 fgg., S. 449 fgg. Die von Mühlenbruch ganz übersehene Darstellung von Francke S. 79 und 84 fgg. ist völlig irrig.

3) Der Fall, wenn der postumus im ersten Grade präterirt, im zweiten aber instituirt ist, wird durch kein spezielles Gesetz entschieden. Wendet man aber die bisher entwickelten Grundsätze hierauf an, so kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Sind nämlich nur zur Zeit der agnatio postumi noch Erben des ersten Grades vorhanden, so rumpirt der postumus nothwendig das ganze Testament, und ist Intestaterbe, ohne daß ihn die Regel des Edikts: si quis omissa causa testamenti rel. zur Zahlung der Vermächtnisse nöthigen könnte, wie Mühlenbruch S. 454 gewiß mit Unrecht annimmt. Sind aber, als der Postumus zum Vorschein kam, die Erben des ersten Grades schon hinweggefallen, so ist derselbe nur als testamentarischer Erbe zur Succession gerufen. —

Wie hiernach die Fälle zu entscheiden sind, wenn drei oder mehrere Grade in dem Testament gemacht sind, s. auch l. 14. pr. de lib. et post. verb.: Itaque etsi a primo gradu rel., oder wenn die Erben unter einer Bedingung eingesetzt sind, vgl. l. 5. de inj. rupt. test. (wo doch wohl gelesen werden muß: a quo sc. postumus exheredatus est, s. auch Francke S. 32. Not. 26, während Mühlenbruch S. 452 fgg. das *non* vor est beibehalten will), versteht sich ganz von selbst.

II. Da nach prätorischem Rechte die Präterition der Notherben das Testament nicht annullirt, sondern nur die bonorum possessio contra tabulas gegeben wird, wenn sich im Augenblicke des Todes des Testators der Notherbe präterirt findet, da also in dieser Beziehung ein ähnliches Verhältniß Statt findet, wie nach Zivilrecht im Falle der Präterition eines Postumus: so ist es schon von vorne herein sehr wahrscheinlich, daß dann, wenn der Notherbe nicht ab omnibus gradibus exheredirt ist, nach prätorischem Rechte allgemein dieselben Grundsätze aufgestellt werden müssen, welche vorher bei lit. B. für den Fall angegeben wurden, wenn ein postumus so fehlerhaft exheredirt ist. Dies wird denn auch, wenigstens für den einen Fall, wenn der Notherbe vom ersten Grade präterirt, vom zweiten exheredirt ist, auf das Bestimmteste durch l. 8. §. 5.

de bon. poss. c. t. (37, 4) bestätigt, denn es findet sich hier völlig dieselbe Unterscheidung, wie sie oben bei dem Postumus gemacht werden mußte (B. 1), nur daß es hier natürlich nicht auf die Zeit der agnatio postumi, sondern auf die Zeit des Todes des Testators ankommt.

„A primo gradu praeteritus est filius, a secundo exheredatus; si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est, contra tabulas bonorum possessionem praeteritum petere non posse; hereditas enim in secundo gradu versatur, non in primo, ex quo neque adiri hereditas, neque bonorum possessio peti potest. Sed si post mortem testatoris decesserint heredes scripti, idem Marcellus putat, contra tabulas bonorum possessionem semel natam competere".

Hiernach kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß auch die andren Fälle, wenn der Notherbe vom ersten Grade exheredirt, vom zweiten präterirt ist, und wenn er vom ersten Grade präterirt, im zweiten instituirt ist, ganz nach den vorher bei B. 2. und B. 3. angegebenen Grundsätzen entschieden werden müssen, obwohl sich meines Wissens keine detaillirten Ausführungen hierüber in unsren Quellen finden, s. noch l. 8. §. 1. de bon. poss. c. t. — Hiernach fällt es denn auch von selbst ins Auge, daß gerade bei unsrer Frage die bonorum possessio contra tabulas nicht blos für den emancipatus und die übrigen blos prätorischen Notherben, sondern auch in mehr als einem Falle für den Suus eine necessaria ist, wie ja schon namentlich in dem von Ulpian in l. 8. §. 5. cit. entschiedenen Falle. Denn während der Suus hier nach Zivilrecht stets durch die Substituten ausgeschlossen wird, kann er sich durch die bonor. poss. contra tabulas doch zu der Erbschaft hinziehen, wenn nur die im ersten Grade eingesetzten Erben im Augenblick des Todes des Testators noch nicht weggefallen sind. (Der abweichenden Ansicht von Leist, Bon. poss. Bd. II. Abth. 1. S. 180 fgg., daß der präterirte Suus in einem solchen Falle von der bon. poss. contra tabulas ausgeschlossen und also auch nach prätorischem Rechte schlechter daran sei, wie ein emancipatus, fehlt es m. E. an innern und an äußern Gründen, und sie würde unter Anderem auch zu der weitern Konsequenz führen, daß dann, wenn im ersten Grade ein suus und ein emancipatus präterirt wären, auch dem Letztren die bon. poss. c. t. versagt werden müßte; vgl. auch *Hingst*, Bon. poss. p. 211). Wie dies auch in andren Fällen noch vorkommen könne, ergiebt sich aus der obigen Darstellung von selbst. —

Zum Schluß dieser Erörterung bleibt noch die Frage zu beantworten übrig, wann die Exheredation als ab omnibus gradibus geschehen angenommen werden müsse. Hat der Erblasser ausdrücklich seinen Willen erklärt, so kommt es natürlich nicht darauf an, an welcher Stelle des Testaments die Enterbung vorkommt. Abgesehen hiervon haben wir aber folgende gesetzliche Vorschriften, welche, da Exheredationen nicht zu begünstigen sind, gewiß nicht ausgedehnt werden dürfen: a) „Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est", l. 3. §. 3, de lib. et post. — b) „Inter duos gradus exheredatus ab utroque remotus est", l. 3. §. 4. eod. Sind mehr als zwei Grade im Testament, so genügt die einmalige Exheredation zwischen zwei Graden, seien

dies die ersten (a. M. scheint Francke S. 71 zu sein), oder die letzten (a. M. ist Mühlenbruch XXXVI. S. 431 fgg.), gewiß nicht, sondern die Exheredation ist immer blos auf die beiden Grade zu beschränken, zwischen welchen sie sich findet (a. M. ist Arndts a. a. O. S. 894 bei Not. 64). — c) Hat der Erblasser die Grade gemischt, also Jedem der eingesetzten Erben besonders substituirt (z. B A. soll mein Erbe sein, und ihm substituire ich den B.; C. soll mein Erbe sein, und ihm substituire ich den D.), so genügt die Exheredation zwischen einem institutus und substitutus, l. 3. §. 5 eod. Daß dieses gerade der letzte institutus und substitutus sein müsse, wie Viele, z. B. auch Mühlenbruch S. 429 annehmen, kann aus dem blosen Beispiel in §. 5. gewiß nicht abgeleitet werden. — d) Wenn die eingesetzten Erben sich auch gegenseitig substituirt sind, so gilt die Exheredation von einem Grade doch immer als von beiden geschehen, l. 19. §. 1. de inj. rupt. test. — e) Wenn die Exheredation hinter allen Graden steht, so kann sie nur dann als ab omnibus gradibus geschehen angenommen werden, wenn der darauf bezügliche Wille des Testators nachgewiesen werden kann, l 1. C. de liber. praeter. (6, 28): („si apparet, eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret“); a. M. sind Francke S. 70 fgg., Mühlenbruch S. 429 fgg., Arndts a. a. O. S. 894. Not. 62.

Vgl. überhaupt Glück VII. S. 278 fgg., Francke S. 69 fgg., S. 77 fgg., S. 134 fgg., Mühlenbruch XXXVI. S. 428 fgg., XXXVII. S. 85 fgg., Schmidt S. 52 fgg.

III. Von den Folgen der Präterition.

A. Nach Zivilrecht. (Nullität und resp. Ruption). §. 471.

Anm. Ueber das Verhältniß der eingesetzten Erben, namentlich der instituirten Kinder, während die Ruption des Testaments durch einen Postumus erwartet wird, vgl. l. 16. de lib. et post., l. 30. § 6, l. 84. de acqu. hered. (29, 2), l. 4. §. 3, l. 5. de bon. poss. contra tab. (37, 4). — Francke §. 8, vgl. auch Leist, Bon. poss. Bd. II. Abth. 1. S. 69 fgg.

B. Nach prätorischem Rechte. *(Bonorum possessio contra tabulas).* §. 472.

Dig. XXXVII. 4. de bonorum possessione contra tabulas; Cod. VI. 12. de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur. — *Retes*, adversaria de bon. poss. c. t. (in *Meermann.* thes. VI. p. 494 sqq.), *Sartorius*, de bon. poss. quam c. tab. parentum liberi agnoscunt. Lips. 1775, *Foerster*, de bonor. poss. liberor. praeteritor. contra tabulas parentum. Vratisl. 1823, Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten

Willen S. 60 fgg., Francke S. 121 fgg., Mühlenbruch XXXVII. S. 1 fgg., Leist, Bonor. poss. Bd. II. Abth. 1. S. 28 fgg. Vgl. auch Uhrig, über die Wirkung der bon. poss. contra tabulas. Würzb. 1844, Vering, Erbr. S. 594 fgg., *Hingst*, bon. poss. p. 197 sqq., Schmidt a. a. O. S. 86 fgg.

Anm. Das prätorische Edikt gibt den präterirten Kindern allgemein die *bonorum possessio contra tabulas*, die sich, wie die ganze folgende Darstellung beweist, auf das Entschiedenste nicht nur von der zivilrechtlichen Nullität oder Ruption unterscheidet, sondern die auch nicht einmal so aufgefaßt werden darf, als wenn dadurch Intestat-Succession begründet würde, *Foerster* l. c. §. 123 sqq., Bluntschli S. 63, Francke S. 136 fgg., Mühlenbruch S. 45 fgg., Uhrig S. 21 fgg. Nur bei der b. p. c. t., welche von einem präterirten Suus agnoszirt wird, verhält sich dies anders, indem diese allerdings ihrem Grundwesen nach mit der Intestatsuccession zusammenfällt, Fabricius, Ursprung und Entw. der B. P. S. 104 fgg., S. 216 fgg., Leist a. a. O. S. 47 fgg. — Es sind hierbei folgende Grundsätze von besonderer Bedeutung:

I. Nur präterirte liberi haben auf die bon. poss. c. t. Anspruch, und es sind also davon der Regel nach sowohl instituti als exheredati ausgeschlossen, l. 1. pr. h. t. Doch kommt hiervon

1) in Betreff der *instituti* die wichtige Modifikation vor, daß dieselben dann ebenfalls die b. p. c. t. agnoszіren dürfen, wenn ein andrer Notherbe präterirt, und also in der Lage ist, von dieser bon. p. Gebrauch machen zu können *(commisso per alium edicto)*, l. 3. §. 11. h. t., wodurch es denn freilich leicht kommen kann, daß die Präterition eines Emanzipatus selbst eingesetzten *suis* sehr vortheilhaft sein kann, wenn dieselben nämlich auf Weniger instituirt sind, als ihr Intestaterbtheil beträgt, den sie durch die ihnen gestattete bon. p. c. t., commisso per alium edicto erlangen, l. 8. §. 14. h. t. Zu bemerken aber ist dabei noch:

a) Natürlich können nur diejenigen Eingesetzten commisso per alium edicto die b. p. c. t. agnoszіren, welche als praeteriti ein selbstständiges Recht dazu gehabt haben würden. Eine Ausnahme kommt jedoch bei dem filius in adoptionem datus vor; denn obwohl derselbe wegen einer Präterition „edictum non committit", so kann er doch als institutus, commisso per alium edicto, die bon. p. c. t. agnoszіren, l. 8. §. 11—13, l. 10. pr. §. 1—3, l. 13. §. 2. h. t., l. 1. §. 2. de conjung. cum emanc. liber. (37, 8). Es gilt dies jedoch nur von einem leiblichen Sohne, l. 8. §. 12. eod.; und zwar nur, wenn er selbst, nicht auch, wenn nur Jemand instituirt ist, durch welchen er erwirbt, l. 8. §. 11. eod.; darauf kommt es aber gewiß nicht an, ob er von seinem Vater selbst in Adoption gegeben ist, oder ob er sich als emancipatus hat arrogiren lassen, l. 10. pr. eod. Ist der in adoptionem datus unter einer Bedingung eingesetzt, so hängt Alles von dem Ausgang der Bedingung ab; tritt dieselbe ein, so wird er zur b. p. zugelassen, defizirt dieselbe aber, „repellitur ab ea possessione", l. 11. eod. Ein in Adoption gegebener Enkel hat die

bon. poss. commisso per alium edicto nur dann, wenn im Augenblick des Todes des Erblassers sein Vater nicht mehr am Leben ist, l. 13. §. 1. h. t., l. 25. §. 1. de leg. praest. (37, 5), l. 1. §. 12. de ventre in poss. mitt. (37, 9).

b) Hat der Instituirte die Erbschaft schon angetreten, oder als suus heres sich immiszirt, so ist er nach allgemeinen Grundsätzen (s. unten bei V.) von der b. p. c. t. ausgeschlossen; nur schützt ihn der Prätor in dem, was er vermöge der Einsetzung erhält, versteht sich nur so weit, als es nicht das übersteigt, was er erhalten haben würde, wenn er b. p. c. t. agnoszirt hätte, während er, wenn er auf Weniger eingesetzt ist, nur dieses erhält, l. 14. h. t., l. 15. §. 2. de legat. praest. (37, 5). Eine Ausnahme hiervon kommt bei dem in adoptionem datus vor, indem dieser auch dann noch, wenn er die Erbschaft schon angetreten hat, sich zu der b. p. c. t. hinziehen kann, l. 10. §. 3. h. t., so daß er also auch, wenn er auf Befehl des Adoptivvaters die Erbschaft angetreten hat, und nachher emancipirt ist, durch Agnition der b. p. c. t. dem Adoptivvater die Erbschaft wieder entziehen kann, l. 10. §. 2. eod.

c) Der Eingesetzte kann aber die b. p. c. t. auch schon dann agnosziren, wenn es noch ungewiß ist, ob der Präterirte von seinem Rechte Gebrauch machen wird, oder nicht, l. 10. §. 6. h. t. Ist jedoch das Letztre wirklich geschehen, so gilt nun die vorher agnoscirte b. p. contra tabulas ganz wie b. p. secundum tabulas, l. 14. pr., l. 15. §. 1. de legat. praest. (37, 5).

2) Was die Enterbten anbelangt, so können dieselben niemals, auch nicht commisso per alium edicto, die bonor. poss. contra tabulas agnosziren, indem der Grundsatz gilt, daß Exheredationen bestehen bleiben, wenn auch der übrige Inhalt des Testaments durch eine solche bon. poss. aufgehoben worden ist, l. 8. pr., l. 10. §. 5, l. 20. pr. h. t., l. 1. §. 5. de conjung. cum. emanc. liber. (37, 8). Ist jedoch das Testament, gegen welches die bonorum possessio agnoszirt wird, zivilrechtlich ganz ungiltig, indem z. B. alle eingesetzten Erben ausschlagen, oder ein Suus präterirt ist, so fällt auch die Exheredation hinweg „ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur", und der exheredatus wird also wirksam als Intestaterbe neben dem Kontratabulanten anerkannt, l. 20. pr. h. t. — l. 32. de lib. et post. (28, 2), l. 1. §. 9. si tab. test. nullae extab. (38, 6); vgl. auch Fabricius, Ursprung und Entw. der B. P. S. 211 fgg., Leist a. a. O. S. 191 fgg., Schmidt S. 102 fgg.

II. Die b. p. c. t. ist nur dann begründet, wenn das Testament so beschaffen ist, daß daraus die Erbschaft angetreten, oder möglicher Weise eine wirksame bonor. poss. secundum tabulas agnoszirt werden könnte, so daß also, wenn das Testament noch an andern Mängeln, als der Präterition eines Notherben leidet, die reine Intestaterbfolge, nicht aber die b. p. c. t. Platz greift, l. 19. h. t., l. 7. §. 6. de Carbon. edict. (37, 10). Eine Anwendung hiervon kommt auch in der vielbesprochenen l. 12. §. 1. h. t. vor. Danach nämlich soll ein Notherbe, welcher in einem früheren Ziviltestamente rite exheredirt, in einem zweiten s. g. prätorischen Testamente (testam. imperfectum) blos präterirt ist, dann, aber auch nur dann, zur bon. poss. c. t. gelassen werden, wenn die in

dem zweiten Testamente Eingesetzten, abgesehen von dem präterirten Sohne, eine wirksame bon. poss. secundum tabulas agnosziren konnten, d. h. wenn sie Intestaterben des Erblassers sind (vgl. oben §. 460. Anm.), „et ita jus habet, ut cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem; si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur". Vgl. Koch, bonor. poss. S. 361 fgg., *Foerster* l. c. p. 391 sqq., Mühlenbruch, Komment. XXXVIII. S. 446 fgg., Fabricius a. a. O. S. 131 fgg., Leist a. a. O. S. 284 fg. — Dabei aber kommt es auf den Augenblick des Todes an, so daß also doch die bon. poss. contra tabulas begründet bleibt, wenn auch nach dieser Zeit sämmtliche eingesetzte Erben hinwegfallen sollten, und das testamentum zum destitutum würde, „et hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum [oder, wie es an andren Stellen heißt, contra lignum] liberis competere bonorum possessionem", l. 4. pr. h. t., l. 19. eod., vgl. auch l. 10. fin. de legat. praest. (37, 5), ein Rechtssatz, der auch nachtheilig für die Kinder sein konnte, weil dann hierbei auch das edictum: si quis omissa causa testamenti hereditatem ab intestato possideat zur Anwendung gebracht wurde, l. 6. §. 9. si quis omissa causa test. (29, 4).

III. Die Wirkung der b. p. c. t. besteht im Allgemeinen darin, daß der materielle Inhalt des Testaments aufgehoben und die Erbschaft nach den Grundsätzen der Intestat-Succession unter diejenigen vertheilt wird, welche als praeteriti oder als instituti von der bon. poss. contra tabulas Gebrauch gemacht haben, l. 11. §. 1, l. 8. §. 14, l. 11. §. 1. h. t. Da hier aber keine wirkliche Intestat-Succession Platz greift (vgl. den Anfang dieser Anm.), so müssen die späteren Veränderungen des Intestaterbrechts, namentlich durch Nov. 118, als einflußlos für das Recht der bon. poss. c. t. angenommen werden, und daraus ergibt sich denn von selbst, nicht nur, daß solche Descendenten, welche keinen Anspruch auf formelle Bedenkung, obwohl gleiches Intestatrecht haben, wie namentlich nepotes ex filia, nicht mit zur Theilnahme gezogen werden, als auch, daß hier, obwohl nicht mehr bei der Intestatsuccession, noch immer die nova clausula Juliani de conjungendis cum emancipato liberis ejus auf praktische Geltung Anspruch hat, s. auch Mühlenbruch XXXVII. S. 306. Hierüber (vgl. tit. Dig. XXXVII. 8. de conjungendis cum emancipato liberis ejus. — *Foerster* l. c. p. 259 sqq., Leist a. a. O. S. 153 fgg.), ist noch Folgendes zu bemerken:

1) Der wesentliche Inhalt dieser nova clausula geht dahin, daß eine Konkurrenz der in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Enkel mit ihrem emanzipirten Vater dahin Statt finden solle, daß Beide zusammen den Theil erhalten, welchen der emancipatus, wenn er suus geblieben wäre, allein erhalten hätte, und daß von diesem Theil der Vater die eine, die Kinder die andere Hälfte bekommen, l. 1. pr. §. 3. 11, l. 7. h. t. (37, 8), wonach sich denn auch das Accreszenzrecht von selbst bestimmt, l. 1. §. 12. eod., l. 12. pr. de b. p. c. t. Was von einem emanzipirten Sohne hier vorgeschrieben ist, ist natürlich auch auf den *in adoptionem datus* zu beziehen, sofern derselbe nur zur b. p.

c. t. berechtigt ist, l. 1. §. 2. h. t., l. 13. §. 2. de b. p. c. t., und was von Enkeln gilt, muß auch auf Urenkel u. s. w., wenn sie nur sui sind, angewendet werden, l. 1. §. 7. h. t. Immer aber versteht sich von selbst, daß derjenige nicht konjungirt wird, welcher exheredirt ist, l. 1. §. 4. 5, l. 3. h. t., selbst dann nicht, wenn er zufällig Erbe dessen wird, welchen der Testator instituirt hat, l. 5. eod.

2) Die nova clausula findet keine Anwendung, wenn der Sohn nicht, wohl aber die Enkel, oder wenn Beide nicht, oder wenn umgekehrt Beide emanzipirt sind, indem in allen diesen Fällen die Enkel durch ihren Vater ausgeschlossen werden, l. 1. §. 6. h. t., l. 6. §. 1. de b. p. c. t., l. 5. §. 1. si tabulae test. nullae extab. (38, 6).

3) Auch dann findet keine conjunctio Statt, wenn der in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebene Enkel kein leibliches Kind des emanzipirten Sohnes ist, sondern von dem Großvater, quasi ex eo natus, adoptirt ist, l. 6. h. t. Offenbar aber wird hier nicht der Adoptivenkel durch den emanzipirten Sohn ausgeschlossen, sondern er muß vielmehr eine Stammportion erhalten.

4) Die nova clausula kommt auch dann nicht zur Anwendung, wenn der Sohn emanzipirt und der Enkel von diesem Sohne an Sohnes Statt adoptirt ist. Bleibt nämlich das Verhältniß bis zum Tode des Großvaters bestehen, so bekommt der nepos in locum filii adoptatus volle Stammportion; ist derselbe aber schon vorher wieder emanzipirt worden, so wird er ganz vom Vater ausgeschlossen, l. 1. §. 9. h. t., l. 3. §. 3. 4, l. 13. §. 3. de b. p. c. t. Hat der Großvater nach dem Tode seines Sohnes einen von mehreren Enkeln so an Sohnes Statt angenommen, daß er als der Vater der übrigen Enkel angesehen wird, und bleibt das Adoptivband, so werden die Enkel ganz ausgeschlossen, und ihr brüderlicher Vater erhält das Ganze; wird aber dieser emanzipirt, und dadurch das Adoptivband aufgelöst, so tritt er nun wieder als Bruder ein, und es kommt nicht die nova clausula zur Anwendung, l. 3. §. 1. de b. p. c. t.

5) Wenn der Großvater seinen emanzipirten Sohn als Enkel adoptirt hat, und dies Verhältniß dauert noch beim Tode des Großvaters fort, so versteht es sich, daß dadurch die wirklichen Enkel an der b. p. c. t. nicht gehindert sind; ist aber der filius in locum nepotis adoptatus wieder emanzipirt, so muß er wieder ganz als *filius* emancipatus gelten, und es ist also dann allerdings die clausula Juliani anwendbar, l. 1. §. 7. de b. p. c. t.

IV. Die Regel, daß der Inhalt des Testaments durch die b. p. c. t. aufgehoben werde, leidet mehrfache Ausnahmen. Abgesehen von den schon vorher betrachteten Sätzen über Exheredationen, sind hier:

1) die Pupillar-Substitutionen und die einem Pupillar-Substituten giltig aufgelegten Vermächtnisse zu nennen:

l. 34. §. 2. de vulg. et pup. subst. (28, 6): Etiamsi contra tabulas patris bon. poss. petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substituto data sunt; vgl. auch l. 5. de legat. praest. (37, 5).

Natürlich kann dies jedoch nur dann angenommen werden, wenn das Testament zivilrechtlich giltig ist, und ist also etwa ein suus präterirt, oder wird durch das Wegfallen aller eingesetzten Erben das Testament destitut, so muß, ähnlich wie die Exheredation, auch die Pupillar-Subst. hinfällig sein, Francke S. 141 fgg., Mühlenbruch S. 18 fgg. (theils mehr, theils weniger abweichend sind Uhrig S. 69, *Hingst* p. 215, Schmidt S. 148). Hat übrigens der Pupillar-Substitut selbst die b. p. c. t. nachgesucht, so verliert er sein Recht aus der Substitution, l. 22. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 5. §. 4. de legat. praest. (37, 5), l. 2. pr. de his, quae ut indign. (34, 9).

2) Daß unter gleichen Voraussetzungen auch die Anordnung einer testamentarischen Tutel bestehen bleibt, ist zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, aber doch nach Analogie des vorigen Falls ganz unzweifelhaft.

3) Vor allen Dingen gehört aber hierher das *edictum de legatis praestandis*, vgl. tit. Dig. XXXVII. 5. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. *Retes* cit. cap. VIII. sqq., (bei Meerm. p. 506 sqq.), *Foerster* l. c. p. 405 sqq., Bluntschli S. 90 fgg., Francke S. 445 fgg., Mühlenbruch S. 20 fgg., Uhrig a. a. O. S. 32 fgg., S. 76 fgg., Leist a. a. O. S. 127 fgg., Schmidt S. 126 fgg. Es kommt hier insbesondre auf folgende Punkte an:

a) Der Kontrabulant hat nicht alle Vermächtnisse, sondern nur die an *conjunctae personae* auszuzahlen. Dahin gehören aber nur Eltern und Kinder, übrigens ohne Rücksicht, ob sie Agnaten oder Kognaten sind, ob sie die nächsten in ihrem Stamme sind, oder nicht, ob sie noch in der familia des Erblassers, oder in einer fremden Adoptivfamilie stehen; und nur bei Adoptiv-Kindern wird natürlich vorausgesetzt, daß das Adoptions-Verhältniß nicht schon wieder aufgehoben ist, l. 1. pr. §. 1. 2. h. t. (37, 5). Außerdem gehört aber auch hierher das der Ehefrau, oder der Ehefrau des Sohns, Enkels u. s. w. hinterlassene praelegatum dotis, l. 1. pr., l. 8. §. 4. eod. Doch ist nicht nöthig, daß gerade die dos selbst zurückvermacht werde, sondern das Legat gilt auch, wenn ein Surrogat dafür hinterlassen ist, l. 8. §. 6. eod., und dabei ist denn auch nicht erforderlich, daß gerade nur der Werth der dos legirt sei, sondern auch das mehr umfassende Vermächtniß ist giltig, l. 9. eod. Jedoch wird immer vorausgesetzt, daß *dotis nomine* legirt ist, denn wenn die dos prälegirt ist, und neben derselben, unabhängig davon noch etwas Anderes, so braucht dieses Andre nicht bezahlt zu werden, l. 8. §. 3. eod. Hat die Frau oder Schwiegertochter gar keine dos, so gilt das ihr Legirte nicht, wenn es auch sub praetextu dotis gegeben ist, l. 15. §. 3. eod. — Immer aber kann eine solche persona conjuncta nur dann das ihr Hinterlassene in Anspruch nehmen, wenn sie nicht selbst etwa die bon. poss. contra tabulas agnoszirt, so daß ihr nur alternativ Eines oder das Andre gestattet werden kann, l. 5. §. 2. eod.

b) Dieses Recht der personae conjunctae ist auch nicht blos auf Legate und Fideikommisse beschränkt, sondern wird auch angewendet auf Schenkungen Todes halber l. 3. pr. eod., und auf die ihnen als Instituirten zugewiesenen Erbportionen, l. 5. §. 6, l. 7. eod. Stets wird jedoch vorausgesetzt, daß sie selbst bedacht sind, nicht etwa ihre Sklaven oder Hauskinder

l. 8. §. 2. eod., und daß sie das Hinterlassene auch behalten dürfen, denn was sie an einen extraneus wieder herausgeben sollen, braucht der Kontratabulant nicht zu prästiren, l. 3. §. 4. eod., während umgekehrt das, was einem Extraneus mit der Auflage gegeben ist, es an eine persona excepta zu restituiren, allerdings zu geben ist, l. 3. §. 5. 6. eod.

c) Wenn auch das Edikt allgemein den personae conjunctae seinen Schutz versprochen zu haben scheint, so hätte dies doch leicht zu einer sehr großen Härte hinführen können, weßhalb denn Julian in l. 6. h. t. sagt: „hanc partem edicti habere nonnullas reprehensiones", und es müsse durch Dekret in der Art nachgeholfen werden, daß die bedachten Eltern oder Kinder nie mehr erhielten, als der Kontratabulant, und diese Beschränkung auf eine Virilportion wurde denn auch durch Pius bestätigt, l. 7. 23. h. t., l. 3. fin., l. 7. de conjung. c. emanc. liber. (37, 8). Danach erhalten denn auch mehrere bedachte personae conjunctae zusammen nicht mehr, als der Kontratabulant, l. 8. pr. h. t. — Bei dem praelegatum dotis fällt übrigens natürlich diese Beschränkung hinweg, l. 8. §. 5. h. t., und bei solchen personae conjunctae, welche selbst auch die b. p. c. t. hätten agnosziren können, wird, wie schon oben bemerkt ist (I. 1. b.), das Zugedachte so weit geschützt, als durch b. p. c. t. hätte erlangt werden können.

d) Wenn in dem väterlichen Testamente mehrere Grade gemacht sind, so gilt die Regel, daß der Kontratabulant nicht alle Vermächtnisse an personae conjunctae, sondern nur diejenigen zu entrichten braucht, welche gerade in dem Grade hinterlassen sind, gegen welchen die bon. poss. c. t. gerichtet ist, l. 10. §. 2. h. t. Wenn also im Augenblicke des Todes des Erblassers noch Erben des ersten Grads vorhanden sind, so hat der Kontratabulant — mögen dieselben antreten oder ausschlagen, l. 11. 12. eod. — nur die in diesem Grade hinterlassenen Vermächtnisse, nicht auch diejenigen, mit denen die Substituten onerirt sind, zu entrichten, l. 10. §. 2, l. 11. 12. eod., während umgekehrt dann, wenn sämmtliche Erben des ersten Grads schon vor dem Erblasser gestorben sind, der Kontratabulant nur die im zweiten Grad hinterlassenen Vermächtnisse zu entrichten hat, l. 10 §. 2. eod. Doch leidet diese Regel dann eine Ausnahme, wenn zwar im Augenblick des Todes die Erben des ersten Grads noch vorhanden sind, aber dennoch wegen späterer Ereignisse, z. B. weil sie sämmtlich vor dem Erbschaftsantritt sterben, oder weil die Bedingung, unter welcher sie eingesetzt sind, defizirt, die Erbschaft nicht antreten können; denn in solchen Fällen bleibt zwar immer die bon. poss. c. t. gegen den ersten Grad gerichtet (s. oben bei II. geg. E.), aber dennoch hat der Kontratabulant aus begreiflichen Gründen (vgl. l. 3. §. 7. h. t.), nicht die im ersten, sondern die im zweiten Grade hinterlassenen Vermächtnisse auszuzahlen, l. 10. §. 2. fin., l. 13. h. t. Vgl. überhaupt Leist a. a. O. S. 175 fgg.

e) Nicht jeder Kontratabulant muß nothwendig das einer persona conjuncta Ausgesetzte prästiren, und namentlich ist dies bei dem präterirten suus heres der Fall; denn mag derselbe die zivilrechtliche Nullität für sich in Anspruch nehmen, oder mag er die bon. poss. contra tabulas agnosziren, immer ist er von Zahlung der Vermächtnisse befreit, l. 15. pr., l. 16. h. t., was nur

in den wenigen Fällen eine Ausnahme leidet, in welchen die b. p. c. t. auch für einen suus eine necessaria ist, vgl. l. 8. §. 5. de b. p. c. t. (s. oben S. 235), l. 2. de conj. c. eman. liber. (37, 8). Ist zugleich mit dem Suus auch ein emancipatus präterirt, so braucht auch dieser Letztre keine Vermächtnisse zu prästiren, l. 15. pr. h. t. (a. M. sind Ubrig S. 80, *Hingst* p. 204, Schmidt S. 129), während, wenn neben dem präterirten suus ein emancipatus instituirt ist, und von der b. p. c. t. commisso per alium edicto Gebrauch macht, derselbe allerdings die Vermächtnisse an die personae conjunctae auszahlen muß, l. 16. h. t. (aber gewiß nicht in ihrem vollen Umfange, sondern nur nach Verhältniß seines Erbtheils, *Foerster* p. 426 sqq.). Wenn umgekehrt ein suus heres eingesetzt und ein emancipatus präterirt ist, und Beide agnoszirен die b. p. c. t, so müssen auch Beide die Vermächtnisse an personae conjunctae auszahlen, l. 15. pr. fin. h. t., l. ult. de conj. c. emanc. liber. (37, 8), und dasselbe gilt, wie sich von selbst versteht, auch dann, wenn ein instituirter und ein präterirter Emanzipatus die b. p. c. t. agnoszirеn. Wenn der institutus (einerlei ob suus oder emancipatus) die b. p. c. t. agnoszirt, der Präterirte aber abstinirt als suus, oder verzichtet als emancipatus auf die b. p. c. t., so versteht es sich nach einer früheren Erörterung (l. 1. c.) von selbst, daß der institutus nicht blos an die personae conjunctae, sondern alle Vermächtnisse auszahlen muß, l. 14. pr., l. 15. §. 1. h. t., l. 17. de inj. rupt. irr. test. (28, 3).

f) Es ist eben dargestellt worden, wie es sich mit der Auszahlung der Vermächtnisse verhält, wenn der institutus die bonorum p. c. t. comm. per alium edicto agnoszirt. Was ist aber Rechtens, wenn der Eingesetzte statt dessen die Erbschaft aus dem Testamente antritt? und zwar wirft sich diese Frage nicht blos bei dem eingesetzten Notherben auf, sondern allgemeiner bei eingesetzten personae conjunctae, deren Einsetzung ja bis zu einer Virilportion geschützt wird. Hierüber herrschte unter den römischen Juristen Streit, und leider! sind auch in die Justinianische Kompilation mehrere direkt widerstreitende Stellen rezipirt:

α) Paulus in l. 5. §. 1. fin. h. t. entscheidet folgenden Fall: Ein emancipatus ist instituirt, ein Anderer präterirt, und während der Erstre die Erbschaft aus dem Testamente antritt, agnoszirt der Letztre die b. p. c. t. Daß der Kontratabulant nur an certae personae auszuzahlen braucht, ist gewiß. „De scripto autem quaeritur, et complures putant, certis personis et eum praestare debere, *quod puto verius esse*, nam et Praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt". Also auch der emancipatus institutus solle die Vermächtnisse nur an die personae exceptae auszahlen müßen.

β) Ganz denselben Fall entscheidet African in l. 14. de bon. poss. c. t. dahin, daß dem aus dem Testamente antretenden emancipatus die ihm zugedachte Erbportion geschützt werde, wenn sie nur nicht mehr betrage, als er als Kontratabulant hätte erhalten können, *„et quod extraneis quoque legata praestare cogatur"*.

γ) Ulpian in l. 16. fin. h. t. entscheidet den Fall, wenn ein Suus präterirt, ein emancipatus instituirt ist, und der Letztre aus dem Testamente

16*

antritt, so: „dicendum est, tuendum in partem, et utique liberis parentibusque legata praestiturum. Sed an et omnibus, dubito; *tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet*".

δ) Endlich gehört hierher der Ausspruch desselben Ulpian in l. 5. §. 8. h. t.:

„Is autem, cui portio hereditatis conservatur, utrum omnibus, an tantum exceptis personis legata cogatur praestare? *Et magis probatur, exceptis personis solis praestanda.* Nec tamen solius commodo id cedit; nam si legatis onerata sit portio tam liberorum parentumve, quam extraneorum, id quod extraneis non praestatur, liberis parentibusve profuturum non dubitamus. Igitur ita demum, quod extraneis non praestatur, communicatur cum eo, qui contra tabulas petit, si non legatariis liberis parentibusque dandum sit".

Betrachten wir nun zunächst die beiden Entscheidungen Ulpian's, so ist gewiß kein Widerspruch zwischen denselben vorhanden, wie doch oft behauptet wird, z. B. auch noch von *Foerster* p. 456 sqq., Francke S. 154, Fabricius a. a. O. S. 103. Not. 137 und Schmidt S. 141. Not., indem in der letzten Stelle gar nicht, wie in der ersten, von einem eingesetzten Notherben die Rede ist, sondern von anderweiten personae conjunctae. Daß Ulpian diese beiden Fälle verschieden beurtheilt, erklärt sich leicht. Wenn nämlich der eingesetzte Notherbe, welcher ja die b. p. c. t. hätte agnosziren können, statt dessen aus dem Testamente antritt, so erkennt er ja freiwillig dasselbe an, und wird also mit vollem Rechte zur Zahlung sämmtlicher Vermächtnisse angehalten. Ganz anders verhält sich dies dagegen mit andren personae conjunctae; diesen wird nämlich das ihnen Zugedachte nur so weit konservirt, als es auch wirklich für sie selbst bestimmt ist l. 3. §. 4. h. t., so daß die von ihnen hinterlassenen Vermächtnisse im Grunde von dem Kontratabulanten entrichtet werden, und da dieser eben nur an personae exceptae Zahlung zu leisten braucht, so stellt sich die Entscheidung in l. 5. §. 8. cit. als ganz nothwendig heraus, Mühlenbruch S. 38 fgg. (Was den weitern Inhalt des schwierigen §. 8. cit. anbelangt, so wird dabei augenscheinlich vorausgesetzt, daß die Erbportion der persona excepta durch Legate überschwert ist. Setzen wir z. B. der Erblasser, welcher ein Vermögen von 1200 hat, setzt seinen Vater und einen Extraneus zu gleichen Theilen zu Erben ein, und den Vater belastet er mit einem Legat von 450 an die Mutter, und von 150 an einen Fremden; wenn jetzt ein präterirter emancipatus die bonor. poss. c. t. agnoszirt, so werden sowohl die Erbeinsetzung des Vaters als das Legat an die Mutter — und zwar beide zusammen bis zum Belauf eines Viriltheils, l. 8. pr. §. 1. h. t. — konservirt, während das Legat an den Fremden wegfällt. Dieser Ausfall nützt nun blos der Mutter, indem diese in Folge hiervon ihr volles Legat im Betrag von 450 erlangt, während sie sich ohne die bon. poss. c. t. einen Abzug von 112½ hätte gefallen lassen müssen [„id quod extraneis non praestatur, *liberis parentibusve profuturum non dubitamus*", vgl. l. 5. §. 5. h. t.]. Wären aber die 600 nur an extranei legirt worden, so kommt der Wegfall dieser Legate dem Kontratabulanten zu

Gute, indem der Vater nur die 150 erhält, die er auch ohne die bon. poss. c. t. erhalten haben würde, nämlich die Quart seiner Erbportion, die übrigen 450 aber an den Kontratabulanten fallen [„Igitur ita demum, quod extraneis non praestatur, *communicatur cum eo, qui contra tabulas petit*, si non legatariis liberis parentibusve dandum sit“]. — Sehr abweichend sind die bisherigen Erklärungen dieser Stelle, vgl. z. B. *Retes* l. c. cap. XII. nr. 6 sqq. (bei Meerm. p. 515 sqq.), *Majans* disputt. jur. XXXVIII. §. 5, *Foerster* cit. p. 454 sq., Mühlenbruch a. a. O. S. 39 fg. Not. 84, Uhrig a. a. O. S. 53 fgg., Leist a. a. O. S. 132 fg. Not. 12). — Dieser Entscheidung Ulpian's in Betreff der anderweiten personae conjunctae steht nun auch kein anderer Quellenausspruch entgegen, und sie muß also ohne Zweifel als giltig angenommen werden. Der zweiten Entscheidung in Betreff der eingesetzten Notherben tritt aber noch sehr bestimmt African bei, und da sie überdies der zivilistischen Konsequenz mehr entspricht („nur für den Kontratabulanten, nicht auch für den, welcher aus dem Testamente die Erbschaft antritt, gilt das edictum de legatis praestandis“), so möchte dadurch doch wol das widerstreitende Zeugniß des Paulus überwogen werden, und wir dürfen demnach mit voller Ueberzeugung als praktisches Resultat den Satz aufstellen, wenn ein Notherbe präterirt ist, und ein instituirter Notherbe tritt die Erbschaft aus dem Testamente an, so gilt er ganz wie ein testamentarischer Erbe, und muß also auch sämmtliche Vermächtnisse bezahlen; ist dagegen eine anderweite persona conjuncta instituirt, so werden blos die derselben aufgelegten Vermächtnisse an andere personae conjunctae prästirt, während Legate an extranei ausfallen, und dieser Ausfall regelmäßig dem Kontratabulanten zu Gute kommt.

g) Die zu Recht bestehenden Vermächtnisse an personae conjunctae müssen übrigens der Regel nach gemeinschaftlich von allen Kontratabulanten getragen werden, selbst dann, wenn sie Einem derselben, welcher commisso per alium edicto die b. p. c. t. nachsuchte, speziell aufgelegt waren, l. 14. §. 1. h. t., und nur dann leidet dies eine leicht erklärliche Ausnahme, wenn das Vermächtniß einem solchen Notherben hinterlassen ist, welcher, wenn er selbst die b. p. c. t. hätte gebrauchen wollen, nur Einen der Kontratabulanten, nicht auch die Uebrigen beschränkt haben würde. In einem solchen Falle nämlich hat natürlich auch nur dieser Eine das Vermächtniß zu prästiren, l. 18. 19. h. t.

V. Verloren geht die bonor. poss. contra tabulas, abgesehen von dem Ablauf der Frist, welche für die agnitio der bon. possessio überhaupt gesetzt ist, insbesondere durch Anerkennung des Testaments, l. 10. §. 3. fin., l. 14. pr., l. 15. de bon. p. c. t., l. 5. §. 2. de legat. praest.

C. Von der möglichen Aufrechthaltung des Testaments durch bonorum possessio secundum tabulas. §. 473.

Ulp. l. 12. pr. de inj. rupt. irrit. fact. test. (28, 3): Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scru-

erbe, zum Erben eingesetzt, so ist die bonor. poss. des institutus sine re, und das zivile Erbrecht der Intestaterben geht derselben vor, vgl. auch *Theoph.* ad pr. J. de exher. liber. Daß dieselbe wenigstens dann cum re sei, wenn der Testator nach dem Tode des suus sein Testament auf's Neue bestätigt habe, wie Francke S. 120. behauptet, ist gewiß irrig, und kann durch die Analogie des testamentum irritum factum, l. 11. §. 2. de b. p. s. t. (37, 11) nicht begründet werden, Mühlenbruch XXXVI. S. 324 fgg., Fabricius a. a. O. S. 140 fgg., Heumann a. a. O. S. 191 fg. (Mit diesen Ausführungen ist im Resultate auch Leist, Bon. poss. II. 1. S. 277 fgg., einverstanden, und er weicht nur insofern ab, daß er im Falle der Präterition eines Suus den eingesetzten Erben nicht sowohl eine bon. poss. sec. tab. *sine re* einräumt, als vielmehr ihnen die bon. poss. sec. tab. ganz abspricht, und demgemäß auch in l. 12. cit. unter dem testam. *injustum* ein test. non jure factum verstehen will, Leist a. a. O. S. 288 fg., vgl. mit dessen histor. p. 55 sqq.; s. auch *Jansson.*, de orig. bon. poss. p. 140 sqq. Mich haben die Erörterungen Leist's nicht überzeugt, uud namentlich dürfte sich seine Deutung des test. injustum in l. 12. cit. schwerlich mit Gai. II. 119. 120. befriedigend vereinigen lassen).

3) Der *suus* verstirbt nach dem Testator. In diesem Falle versteht es sich ganz von selbst, daß die bon. poss. sec. tab. des instituirten Erben den Erben des suus gegenüber, stets eben so *sine re* sein muß, wie dem suus selbst gegenüber, und nur dann, wenn diese Erben von dem jus abstinendi Gebrauch machen, tritt das bei no. 1. angegebene Recht ein.

Abschnitt II.

Von dem Pflichttheilsrechte.

Dig. V. 2, Inst. II. 18, Cod. III. 28. de inofficioso testamento. — *Chiflet*, de portionib. legitimis lib. sing. (in Otton. thes. V. p. 722 sqq.), *Retes*, adversaria de inoff. test. (in Meerm. thes. VI. p. 522 sqq.), *Finestres*, praelect. Cervar. ad tit. de inoff. test. Cervar. 1752, *Westenberg*, diss. I—IV. de port. legit. liberis, parentibus et fratrib. relinquenda (in opp. tom. I), Stein, Vers. einer theor. prakt. Abh. über die Lehre des röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. Erl. 1798, Möller, die Lehre vom Pflichttheil. 2 Bde. Sulzb. 1801. 1806, *Cralle*, comm. hist. jur. de portione legit. Bon. 1820.

I. Von den berechtigten Subjekten. §. 474.

§. J. de inoff. test.: Non autem liberis tantum permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt; non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

Anm. Selbst noch zur Zeit der Pandekten-Juristen scheint es nicht völlig fest gestanden zu haben, welche Personen einen Pflichttheil in Anspruch nehmen konnten, l. 1, l. 6. pr. h. t. Später aber fixirte sich das Verhältniß dahin, daß Deszendenten, Aszendenten, und mit mehrfachen Beschränkungen auch Geschwister hierher gehörten. Was nun:

1) Die Deszendenten des Testators anbelangt, so ist im Allgemeinen gewiß, daß alle diejenigen Deszendenten einen Anspruch auf den Pflichttheil haben, welche zur Intestatsuccession berechtigt sind, woraus sich denn von selbst die Fragen über uneheliche, über die in einer putativen Ehe erzeugten, und über legitimirte Kinder entscheiden, denn die Meinung mancher älteren Rechtslehrer in Betreff der letztren, daß denselben, wenn sie per rescriptum principis legitimirt seien, nur dann ein Recht auf den Pflichttheil gebühre, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden seien, oder daß sie nur ein Pflichttheilsrecht in Betreff derjenigen väterlichen Verwandten hätten, die ihren Konsens zur Legitimation gegeben hätten, ist offenbar unhaltbar und wird jetzt mit Recht von Allen verworfen, vgl. z. B. Francke S. 180 fgg., Roßhirt, Intestaterbr. S. 216, Mühlenbruch XXXV. S. 163 fgg. Eine Ausnahme leidet jedoch die obige Regel in Betreff der Konkubinenkinder; denn wenn denselben auch von Justinian ein, freilich sehr beschränktes, Intestaterbrecht gegeben ist, so haben sie doch nicht auch ein Pflichttheilsrecht, indem ihnen ein Anspruch ausdrücklich nur unter der Voraussetzung eingeräumt ist, wenn der Vater nicht über sein Vermögen disponirt habe, Nov. 18. c. 5, Nov. 89. c. 12. §. 4, Francke S. 178, Mühlenbruch S. 161 fgg. — Was die in Adoption gegebenen Kinder anbelangt, so ist zwar ihr Verhältniß zu dem Adoptivvater sehr klar, indem hier nach den ausdrücklichen Worten Justinian's in l. 10. C. de adopt. (8, 48), woran die Nov. 118. auch nicht das Mindeste geändert hat, der plene adoptatus, vorausgesetzt, daß er nicht wieder emanzipirt ist, volles Pflichttheilsrecht in Anspruch nehmen kann, während dem minus plene adoptatus durchaus nur ein Intestat-, nicht aber ein Notherbrecht gegeben ist. Eben so unbestritten ist es auch, daß der Letztre alle seine Rechte in der natürlichen Familie, und namentlich auch sein Pflichttheilsrecht ungeschmälert behält. Wie sich dies aber nach dem neuesten Rechte bei dem in volle Adoption Gegebenen verhalte, ist zweifelhaft. Daß diejenigen, welche dem so Adoptirten auch noch nach der Nov. 118. das Intestaterbrecht in der leiblichen Familie absprechen, wie namentlich v. Löhr und

Mühlenbruch (s. oben §. 412. Anm.), ihm auch den Anspruch auf Pflichttheil gegen seinen leiblichen Vater verweigern, versteht sich von selbst; aber eben dies geschieht auch von solchen, die ihm jetzt nach Nov. 118. volles Intestaterbrecht einräumen, weil ihm Justinian in l. 10. C. cit. das Pflichttheilsrecht ausdrücklich abgesprochen habe, und von dem ihm später gegebenen Intestaterbrecht kein Schluß auf den Pflichttheil zu machen sei, vgl. z. B. Glück VII. S. 11, Francke S. 182 fgg., Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 70 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 139. Not. 55, *Schoenberg*, de adopt. Berol. 1860. p. 114 sqq. Andre aber nehmen an, daß im neuesten Rechte der plene adoptatus allerdings auch Pflichttheilsrecht gegen seinen leiblichen Vater in Anspruch nehmen könne, denn Justinian spreche in l. 10. C. cit. dem plene adoptatus das Pflichttheilsrecht in der leiblichen Familie nur in Folge davon ab, weil derselbe kein Intestaterbrecht in derselben haben solle, und Pflichttheilsrecht ohne Intestaterbrecht nicht gedacht werden könne. Wenn aber ein Grundsatz hinwegfalle, so müßten auch alle blosen Konsequenzen desselben hinwegfallen, und wenn man also, der richtigen Meinung folgend, dem plene adoptatus ein volles Intestaterbrecht in das Vermögen des leiblichen Vaters in Folge der Nov. 118. gestatte, so müsse man ihm konsequent auch volles Pflichttheilsrecht einräumen, Roßhirt, Intestaterbr. S. 397 fgg., testam. Erbr. I. S. 79 fgg., vgl. auch Mühlenbruch XXXV. S. 180 fgg., welcher zwar im Resultate a. M. ist, aber hier doch namentlich gegen Francke auszuführen sucht, daß, wenn man dem plene adoptatus nach Nov. 118. Intestaterbrecht einräume, man ihm nothwendig auch Pflichttheilsrecht zugestehen müsse. Ich muß im Gegentheil die besonders von Francke und Büchel vertheidigte Meinung für die einzig richtige halten. Gleich im Eingang der l. 10. C. cit. führt Justinian als eines der Motive für seine neue Verordnung einen Streit römischer Juristen über die Frage an, ob ein filius in adoptionem datus die querela inoff. test. gegen das Testament seines leiblichen Vaters habe? Papinian habe die Klage für gänzlich ungegründet erklärt, Paulus habe sie zwar für an sich begründet gehalten, aber ihr alle Wirksamkeit abgesprochen, und Marcian endlich habe unterscheiden wollen, ob nach den individuellen Umständen eine Lieblosigkeit des Vaters angenommen werden könne, oder nicht, namentlich also, ob der Adoptivvater arm oder wohlhabend sei („quam [de inoff. actionem] Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate ejus circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat"). Hierauf führt nun Justinian den Unterschied zwischen s. g. adoptio plena und minus plena ein, und verordnet dann, daß in den Fällen der plena adoptio die Meinung Papinians gelten solle (et Papiniani sententia in hac specie procedat — —, et non patris naturalis successionem molestare concedatur"). Daß die römischen Juristen darüber gestritten haben sollten, ob der filius in adoptionem datus, obwohl er in concreto nicht der Intestaterbe sei, die querela inoff. test. gegen das Testament des leiblichen Vaters erheben könne, ist unmöglich, weil es wenigstens zur Zeit des Papinian, Paulus und Marcian fest stand, daß nur der in concreto nächste Intestaterbe queruliren könne, wenn

auch vielleicht früher hieran nicht immer festgehalten war. Der von Justinian referirte und entschiedene Streit konnte sich also offenbar nur auf die Frage beziehen, ob der filius in adoptionem datus dann, wenn wirklich die Reihe der Intestatsuccession an ihm war, wenn also weder liberi, noch legitimi vorhanden waren, das Testament des leiblichen Vaters als inoffiziös anfechten könne, und namentlich Papinian's Meinung ging also dahin, daß, wenn auch ein solcher Sohn in der Klasse unde cognati zur Intestatsuccession gerufen sei, er doch nicht die Querel erheben könne (offenbar weil dem Vater keine Lieblosigkeit vorgeworfen werden könne, weil er ja seinem Kinde einen andren Vater gegeben, an den es sich halten möge). Demgemäß kann denn auch der Sinn der Justinianischen Entscheidung nur der sein: das in eine plena adoptio gegebene Kind behält zwar nach wie vor seinem leiblichen Vater gegenüber das Intestaterbrecht in der Klasse unde cognati (s. oben S. 41 fgg.), aber eine Befugniß zur querela inoff. test. steht ihm nicht zu. Muß man aber Justinian's Verordnung so auffassen, daß dem in eine plena adoptio gegebenen Kinde das Pflichttheilsrecht nicht deßhalb abgesprochen ist, weil ihm auch das Intestaterbrecht versagt sei, sondern daß ihm die querela inoff. test. verweigert ist, obwohl ihm ein Intestaterbrecht als kognatischem Deszendenten zusteht: so versteht es sich ganz von selbst, daß die spätere Veränderung mit dem Intestaterbrechte des in adoptionem datus, welche der richtigeren Ansicht nach durch Nov. 118. herbeigeführt wurde, ohne allen Einfluß bleiben mußte auf das Pflichttheilsrecht, und daß also auch noch h. z. T. die Lehre Papinian's gilt: das in der Adoptivfamilie lebende Kind beerbt zwar als kognatischer Deszendent seinen leiblichen Vater ab intestato, hat aber deßungeachtet keinen Anspruch auf eine querela inoff. testamenti. — Streitig ist es auch noch, ob die von einer Frau adoptirten Kinder die querela inoff. test. gegen das Testament ihrer Adoptivmutter anstellen können. Viele verneinen dies nach Analogie der adoptio minus plena. Glück VII. S. 11. Not. 44, aber gewiß irrig, denn durch eine solche Adoption soll der Adoptirte ganz in das Verhältniß eines leiblichen Kindes treten, l. 5. C. de adopt., vgl. auch arg. l. 29. §. 2. de inoff. test.; s. Glück VII. S. 373 fgg. (der hier seine vorher in demselben Bande gemachte Aeußerung ganz vergessen zu haben scheint), Francke S. 185 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 183 fgg., Sintenis III. §. 139. Not. 59.

2) Die Aszendenten des Testators. Als Regel muß auch hier der einfache Satz an die Spitze gestellt werden, daß alle erbberechtigten Aszendenten einen Anspruch auf den Pflichttheil haben, woraus sich die einzelnen Folgesätze von selbst ergeben. Doch verdienen einige Fragen eine besondre Betrachtung:

a) Wenn das Kind noch bei seinem Tode der Gewalt seines leiblichen Vaters oder Großvaters unterworfen war, so kann von einem Pflichttheilsrecht desselben nur dann die Rede sein, wenn der Haussohn über sein peculium castrense oder quasi-castrense testirte. Ist hier der Testator noch in der Lage, militärisch testiren zu können, so ist er auch in Betreff des Pflichttheils völlig unbeschränkt, und kann also seinen Hausvater gänzlich übergehen. Im umgekehrten Falle aber ist es nach dem Rechte der Pandekten und des Codex sehr bestritten, ob der testirende filiusfamilias seinen Notherben übergehen dürfe,

oder nicht, und namentlich sind die beiden neuesten Schriftsteller über unsren Gegenstand hierüber verschiedener Meinung, indem Francke S. 444 fgg. jedes Privilegium dieser Art ableugnet, während Mühlenbruch XXXV. S. 196 fgg. ausführlich die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt. Soviel ist aber jeden Falls gewiß, daß jetzt nach dem Rechte der Novellen ein solches Privilegium nicht Statt findet, und also die Aszendenten allerdings ihren Pflichttheil zu fordern berechtigt sind, Nov. 115. c. 4. verb.: „Sancimus itaque, non licere“ rel., Nov. 123. c. 19, Francke S. 450 fgg., Mühlenbruch S. 216 fgg.

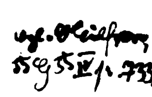
b) Besonders streitig ist das Verhältniß, wenn der Testator plene adoptirt oder arrogirt ist, und in der Adoptivfamilie verstirbt. Es müssen aber hierbei die beiden Fälle unterschieden werden, ob sich der Adoptirte noch in der Gewalt des Adoptivvaters befand, oder ob diese Gewalt durch den früheren Tod des adoptans aufgelöst war. Für den erstren Fall ist schon häufig die Behauptung aufgestellt worden, daß von einem Pflichttheil weder der leiblichen Aeltern noch des Adoptivvaters die Rede sein könne, weil hier ja der Adoptirte nur über sein peculium militare testiren könne, hierbei aber die Notherben nicht berücksichtigt zu werden brauchten, vgl. z. B. Kronbal im Arch. für ziv. Prax. VI. S. 324 fgg. Da aber das Letztre wenigstens nach dem neueren Rechte gewiß irrig ist (vgl. lit. a), so ist sicher die andre Meinung die richtigere, wonach in einem solchen Falle leibliche Eltern und der Adoptivvater zusammen auf Pflichttheil einen Anspruch haben. Denn den Adoptivvater und die leibliche Mutter auszuschließen, giebt es gar keinen haltbaren Grund; aber auch der leibliche Vater darf nicht ausgeschlossen werden, da aus l. 30. de inoff. test. hervorgeht, daß derselbe schon zur Zeit der Pandektisten zur querela inoff. test. zugelassen wurde, was durch l. 10. C. de adopt. nicht geändert, und also nach Nov. 118. noch um so mehr h. z. T. angenommen werden muß, und gewiß nicht zu billigen ist daher die Meinung Mühlenbruch's XXXV. S. 221 fgg. (s. auch Puchta §. 488. Not. b, Arndts a. a. O. S. 122. Not. 182, Tewes II. S. 428. und 429) welcher den leiblichen Vater als ausgeschlossen durch den Adoptivvater ansieht, und nur die leibliche Mutter mit demselben konkurriren läßt; vgl. auch Roßhirt, Intestaterbr. S. 330 fgg., testam. Erbr. I. S. 83 fgg., Francke S. 188, *Schoenberg* cit. p. 114 sq. — Daß in dem zweiten möglichen Falle, wenn nämlich der Adoptirte als homo sui juris verstarb, die leiblichen Eltern vollkommenes Pflichttheilsrecht haben, auch wenn das Kind nicht aus der Adoptivfamilie herausgetreten ist, versteht sich nach dem Bisherigen von selbst. Noch ist auch der Fall gedenkbar (Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 77 fgg.), daß das in Adoption gegebene Kind noch bei Lebzeiten des Adoptivvaters zwar aus der Gewalt, aber nicht aus der familia desselben herausgetreten ist. Daß in solchen Fällen nach dem bisher Angeführten der Adoptivvater und die leiblichen Aeltern, wie ein konkurrirendes Intestaterbrecht, so auch ein konkurrirendes Pflichttheilsrecht haben, kann nicht bezweifelt werden, Büchel a. a. O.

3) Die Geschwister des Testators. Es gehören aber nach unserm Rechte nicht alle Geschwister hierher, sondern nur die germani und consanguinei, l. 27. C. de inoff. test., vgl. l. 1. C. de inoff. test. (2, 19). Denn die Meinung vieler Rechtslehrer, z. B. *Vinnius* ad §. 1. J. de inoff. test. no. 5,

Böhmer, exerc. ad Pand. II. exerc. 37. u. s. w., es müßte jetzt, seit die uterini zugleich mit dem consanguinei succedirten, den erstren ebenfalls ein Pflichttheil zugestanden werden, ist schon darum irrig, weil ja schon im Rechte des Kodex die uterini den übrigen Geschwistern in Betreff der Intestatsuccession gleichgestellt sind, l. 15. §. 2. C. de legit. hered. (6, 58), und dennoch ihnen in demselben Kodex das Pflichttheilsrecht abgesprochen ist, und beruht überdies auf der völlig falschen Annahme, daß von dem Intestaterbrecht auf das Pflichttheilsrecht zu schließen sei, woraus sich denn auch von selbst ergiebt, daß eben so wenig von einem Pflichttheilsrecht der Neffen die Rede sein kann, da Institutionen, Pandekten und Kodex sie ausdrücklich ausschließen, §. 1. J. de inoff. test., l. 1. D. eod., l. 21. C. eod., und die Nov. 118. ihnen nur ein besseres Intestaterbrecht, nicht aber auch Pflichttheilsrecht einräumt, vgl. auch Glück VII. S. 12 fgg., Francke S. 192, Mühlenbruch S. 230. — Es sind aber ferner auch die germani und consanguinei nicht absolut, sondern nur unter der Voraussetzung gerufen, daß, wie Konstantin in l. 27. cit. sich ausdrückt, eine persona infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspersa eingesetzt sei. Unter dem erstren Ausdruck versteht der Kaiser unsre jetzt s. g. infamia juris, unter der turpitudo die jetzt s. g. infamia facti, und daß er unter der levis nota an einen geringern Makel, der an dem Charakter des Eingesetzten hafte, denkt, geht mit Sicherheit aus l. 3. C. Th. de inoff. test. hervor, vgl. auch Basil. XXXIX. 1. 56, so daß also der Sinn der ausgezogenen Worte nur der ist, die Klage zessire blos dann, wenn der eingesetzte Erbe eine ganz und in jeder Beziehung unbescholtene Person sei. Daß aber hiernach nicht blos eigentliche Schlechtigkeit, sondern auch eine verächtliche Lebensweise des eingesetzten Erben zur Querel berechtigen, ist gewiß, und Theophil ad §. 1. de inoff. test. nennt geradezu aurigae, mimi, venatores seu bestiarii, was sich auf Seiltänzer, Bänkelsänger, Abdecker u. s. w. vollkommen anwenden läßt, aber gewiß nicht auch auf uneheliche Kinder, da die deutschrechtliche Anrüchtigkeit derselben sich nicht auf eigne Handlungen oder die Lebensweise derselben gründet, worauf doch das römische Recht bei der querela inoff. test. der Geschwister allein Rücksicht nimmt, vgl. bes. Francke S. 194 fgg. Wenn übrigens in neuerer Zeit Marezoll, bürgerl. Ehre S. 256 fgg. und bes. in Gieß. Zeitschr. I. S. 185 fgg. die fast vergessene Meinung von *Paul. Castrens.* ad l. 21. C. de inoff. test. no. 3. und *Chifletius*, de port. legit. lib. singularis c. 11. (bei *Otto* thes. V. p. 739) wieder vertheidigt hat, wonach die Geschwister eigentlich gar nicht zu den Pflichttheilsberechtigten gehören würden, sondern sie nur die eigenthümliche Befugniß hätten, die eingesetzten personas turpes mittelst der querela inoff. test. aus dem Testamente auszutreiben, so daß sie diese Befugniß auch dann hätten, wenn sie selbst reichlich in dem Testamente bedacht wären, und daß sie, wenn ihnen nur Weniges zugebacht sei, doch nicht die Ergänzungsklage, sondern stets die Querel gebrauchten: so ist dieses gewiß gegen unsere Quellen; denn nicht nur, daß da stets die Inoffiziositätsquerel in unmittelbare Verbindung mit der portio legitima gebracht wird, vgl. z. B. §. 6. J. de inoff. test., l. 8. §. 8. 9. eod., l. 31. C. eod., so spricht auch noch insbesondere dagegen die Nov. 1. praef. §. 2, wo geradezu unter den Pflichttheils-Berechtigten neben den

Aszendenten und Deszendenten auch die Geschwister genannt werden. Mit Recht haben sich daher auch alle Neuern gegen Marezoll erklärt, vgl. z. B. außer sämmtlichen Lehrbb. auch noch insbes. Francke S. 198 fgg. und Glück und Mühlenbruch XXXV. S. 89 fgg., vgl. auch Mühlenbruch XXXIX. S. 272 fgg. Not 62, Puchta, Vorles. zu §. 488, Vering S. 391 fg. Not. 4.

Anm. 2. Wenn es auch ein h. z. T. wohl ganz allgemein anerkannter Grundsatz ist, daß von der Intestaterbfolge kein Schluß auf das Pflichttheilsrecht gilt, ein Grundsatz, von welchem auch in der vorigen Anm. Gebrauch gemacht ist, so kann doch auf der andren Seite ein inniger Zusammenhang zwischen dem Pflichttheilsrecht und der Intestatsuccession nicht in Abrede gestellt werden, indem ja die querela inoff. test. eben nur die Eröffnung der Intestatsuccession für den Querulanten zum Endzweck hat. Daraus gehen nämlich insbesondre folgende beiden Sätze hervor:



1) Nur derjenige kann in concreto Anspruch auf den Pflichttheil haben, welcher auch in concreto das nächste Intestaterbrecht hat, woraus sich dann von selbst ergiebt, daß der Testator entferntre Pflichttheils-Berechtigte nicht zu berücksichtigen braucht, wenn näherstehende vorhanden sind. Hiernach kann es sich aber auch leicht ergeben, daß Jemand zwar der nächste Pflichttheilsberechtigte ist, und doch keinen Anspruch auf den Pflichttheil hat, wenn ihm nämlich noch solche nähere Intestaterben vorgehen, welche kein Pflichttheilsrecht haben, wie dies z. B. der Fall ist, wenn Jemand mit Hinterlassung eines minus plene adoptatus und eines Aszendenten, oder mit Hinterlassung vollbürtiger Neffen und eines frater consanguineus verstirbt. Die abweichende Ansicht Puchta's §. 488. Not. f. und Vorles. ad h. l. hat weder innere noch äußere Gründe für sich, vgl. auch Mühlenbruch XXXV. S. 140 fgg., Arndts a. a. O. S. 123, Sintenis III. §. 196. Anm. 1.

2) Mehrere Pflichttheils-Berechtigte, welche gleiches Intestaterbrecht haben, haben auch zugleich auf den Pflichttheil Anspruch. Dies ist auch im Ganzen von jeher anerkannt worden, und nur bei vollbürtigen Geschwistern hat man nicht selten insofern eine Ausnahme behauptet, daß dieselben im Pflichttheilsrecht stets durch die Aszendenten ausgeschlossen würden, obwohl sie in der Intestatsuccession mit denselben konkurrirten, vgl. z. B. Glück VII. S. 11 fgg. S. 373, Bluntschli S. 153, Puchta §. 488. Not. g. Da aber dieser Ansicht offenbar nur eine völlig verkehrte Anwendung des Satzes zu Grunde liegt, daß von dem Intestaterbrecht kein Schluß auf das Pflichttheilsrecht gelte, und da überdies die Voraussetzung, daß bei der Intestatsuccession vor der Nov. 118. die Geschwister den Aszendenten nachgestanden hätten, irrig ist, so haben sich gewiß mit Recht fast alle Neuern dagegen erklärt; vgl. außer den Lehrbb. auch noch bes. Francke S. 203 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 232 fgg., Arndts a. a. O. S. 158 fg., Sintenis III. §. 196. Anm. 1.

II. Von dem Inhalte der Verbindlichkeit.

1) Größe und Berechnung des Pflichttheils. §. 475.

Nov. 18. praef.: — — — Frequenter mirati sumus, quomodo legitimis et benevolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur, jam etiam debitum vocant, solum triuncium definierunt ex necessitate relinqui: reliquum vero jacet in voluntate parentum, et capiunt quidem cognati omnia, et extranei, vel cum libertate servi: filii vero licet multi consistant, etiamsi nihil offenderint parentes, confunduntur, et triuncium dividunt solum, vel si decem forte aut amplius fuerint, et pauperes erunt filii patris, donec vixerit, idonei. Cap. 1. Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescentes, talique modo determinare causam, ut si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium, vel quatuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae partem, hoc est, uncias quatuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino, quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo: et hoc non sub injusta circumstantia rerum (forsan enim ob hoc etiam alii injustitiam patiuntur, et aliis quidem meliora, aliis vero deteriora percipientibus), sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate, sive quis illud institutionis modo, sive per legati, idem est dicere etsi per fideicommissi, relinquat occasionem; licebit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit filiis ipsis, aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter sic ad extraneas largitates accedere; hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.

Anm. 1. Während nach dem Rechte der Pandekten und des Kodex der Pflichttheil eine quarta pars legitimae portionis war, §. 3. J. de inoff. test., l. 8. §. 8. D. eod., l. 31. C. eod., verordnete Justinian in Nov. 18. c. 1: wer vier oder weniger Kinder habe, solle ihnen zusammen ⅓, wer fünf oder mehr Kinder habe, ½ der Erbschaft hinterlassen, und zwar solle dieses Drittheil oder diese Hälfte unter die Kinder durchaus gleich vertheilt werden. Am Schlusse des

Kapitels fügt er noch hinzu: **hoc observando in omnibus rel.** — Es sind hierbei folgende wichtige Streitfragen zu berühren:

1) Zunächst ist es schon streitig, ob diese Erhöhung des Pflichttheils blos auf Deszendenten, oder auf alle Pflichttheils-Berechtigten zu beziehen sei. Die herrschende Meinung erklärte sich von jeher für das Letztre, Glück VII. S. 27 fgg., und die dort Angeff., während doch manche Aeltere, z. B. *Bachov* ad Treutler vol. I. disp. 13. th. 13, *Vinnius* ad §. 3. J. de inoff. test., und von den Neueren besonders Marezoll in Gießer Zeitschr. I. S. 257 fgg., und V. S. 178 fgg., dem auch Mackeldey 10. Aufl. §. 656. beitrat, die erstre Meinung vertheidigen, indem sie die dem Gesetze angehängte Klausel blos von den Deszendenten entfernterer Grade verstehen. Wenn man aber auch zugestehen muß, daß Justinian nach der praef. zu dieser Verordnung durch die Betrachtung bewogen wurde, wie unbillig es sei, daß Kinder selbst reicher Aeltern nach dem früheren Rechte leicht in Dürftigkeit kommen konnten, so kann doch offenbar diese **occasio legis**, in welcher Marezoll vielmehr mit Unrecht die **ratio legis** sieht, nichts gegen die oben angeführte allgemeine Klausel beweisen, und nur so viel geht daraus hervor, daß die Haupttendenz des Kaisers auf die Kinder gerichtet war. Daraus erhellt denn auch, daß Marezoll sehr mit Unrecht großes Gewicht auf die Nov. 66. legt, weil dort der Kaiser mehrmals den Inhalt der Nov. 18. so anführe, daß dadurch der Pflichttheil der Kinder erhöht worden sei. Daß Julian in seiner Epit. Novellar. const. 34. die obigen Worte gerade so wie Marezoll versteht, ist für uns gewiß nicht entscheidend, und jeden Falls wird seine Auktorität durch eine gleich gute andre aufgewogen, nämlich durch den Scholiasten zu den Basiliken, tom. V. p. 483. schol. d. und durch Justinian selbst, welcher in Nov. 89. c. 12. §. 3. von dem Pflichttheil der Aszendenten sagt: **quam lex *et nos* constituimus.** Die allgemeinen Interpretationsregeln endlich, welche Marezoll zur Unterstützung seiner Meinung anführt, gehören gar nicht hierher, indem dieselben offenbar nur da Platz greifen können, wo ein **ambiguum** vorliegt, welches aber bei den ganz klaren Worten Justinian's nicht vorhanden ist. Gegen Marezoll haben sich denn auch fast alle Neuern erklärt, vgl. bes. Francke S. 208 fgg. und Mühlenbruch XXXV. S. 238 fgg. Vgl. auch Heimbach in Gießer Zeitschr. XIII. S. 397 fgg., wo noch besonders auf eine unsre Ansicht bestätigende Ausführung des *Athanas. Scholast.* tit. IX. const. 2. (in Heimb. anecd. I. p. 98 sqq.) aufmerksam gemacht wird. Auch Athanasius beruft sich zur Entscheidung der schon damals streitigen Frage auf Nov. 89. c. 12. als ein wichtiges Argument für die richtige Ansicht. S. auch noch Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 86 fgg., Arndts a. a. O. S. 124 fg., Sintenis III. §. 196. Anm. 2. u. A. m.

2) Von nicht geringerer Bedeutung ist die Frage, ob nicht die Nov. 18. das alte Prinzip, der Pflichttheil sei eine **portio portionis ab intestato**, geändert habe? Wenn sich auch die herrschende Lehre stets dagegen erklärt hat, Glück VII. S. 29 fgg., so hat es doch auch nicht an Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung gefehlt, wonach der Pflichttheil jetzt kollektiv, nicht distributiv berechnet werden müsse, d. h. in der Art, daß man für alle Pflichttheilsberechtigten zusammen ⅓ und resp. ½ des ganzen Vermögens nehmen, und dieses dann zu

gleichen Theilen auf die einzelnen Berechtigten vertheilen müsse, vgl. die bei Glück S. 43 Angeff. — Es ist dies aber offenbar verwerflich; denn wenn auch zugegeben werden muß, daß Justinian in der Novelle kollektiv rechnet, so erklärt sich dies doch leicht, weil in dem Falle, den er hier zunächst allein vor Augen hat, nämlich bei dem Pflichttheil von Kindern ersten Grads, beide Berechnungsarten ganz gleiche Resultate geben. Daher rechnet der Kaiser schon in den Institutionen, nämlich in §. 7. J. de inoff. test., ganz eben so, obwohl damals doch anerkannter Weise der Pflichttheil eine Quote der Intestatportion war; und daß er wirklich durchaus keine weitere Veränderung, als nur die Erhöhung des quoten Theils von ¼ auf ⅓ und resp. ½ beabsichtigt, und die übrige Beschaffenheit des Pflichttheils ganz bei dem Alten gelassen habe, sagt er uns selbst in Nov. 18. c. 2. und Nov. 39. c. 1, so wie er zum Ueberfluß auch noch in einer späteren Verordnung, in Nov. 22. c. 48, den Pflichttheil geradezu als Theil der Intestatportion betrachtet. Vor allem aber muß uns von jener Kollektiv-Berechnung die Absurdität abhalten, zu der wir dadurch gelangen würden, denn danach würde nicht selten der Pflichttheil größer sein, als die Intestatportion, namentlich, wenn mit Pflichttheils-Berechtigten noch andre Intestaterben zusammentreffen, welche keinen Anspruch auf den Pflichttheil haben. Mit Recht haben sich daher auch alle Neuern ohne Ausnahme für die Distributiv-Berechnung erklärt; vgl. außer sämmtlichen Lehrbb. noch bes. *Cralle*, de port. legit. pars II. sect. VIII. §. 1, Valett, Notherbenr. §. 45, Francke S. 211 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 256 fgg., Arndts a. a. O. S. 125, Puchta, Vorles. ad §. 489, Sintenis III. §. 196. Anm. 2.

3) Geht man nun aber von dem so eben angegebenen Prinzip aus, so versteht es sich, daß bei Bestimmung der Größe des Pflichttheils alle Personen mitzuzählen sind, welche, wenn kein Testament vorhanden wäre, zur Intestatsuccession gerufen sein würden. Einige Folgerungen dieses wichtigen Satzes sind hier noch besonders hervorzuheben:

a) Auch der giltig Exheredirte muß mitgezählt werden, nach der gewöhnlich so ausgedrückten Regel: exheredatus numerum facit ad augendam, partem ad minuendam legitimam. Wenn also z. B. Jemand fünf Kinder hat, und eins davon giltig enterbt, so beträgt der Pflichttheil eines Jeden der vier übrigen Kinder $\frac{1}{10}$ des Vermögens, während, wenn der exheredatus nicht mitgerechnet würde, derselbe nur $\frac{1}{12}$ ausmachen würde (exheredatus numerum facit ad augendam legitimam). Wird aber nicht gerade die Zahl fünf durch den exheredatus voll, so tritt die Regel ein: exheredatus partem facit ad minuendam legitimam, und wenn also z. B. Jemand sechs Kinder hat, und eins davon enterbt, so ist der Pflichttheil eines Jeden der andren Kinder $\frac{1}{12}$, während er $\frac{1}{10}$ sein würde, wenn man den Exheredatus bei der Berechnung nicht in Beachtung zöge. — Die hierfür angezogene l. 8. § 8. de inoff. test., die sogar auch den Wortausdruck unsrer Regel veranlaßt hat, gehört freilich nicht hierher, da sich dieselbe gar nicht auf die Berechnung des Pflichttheils bezieht, sondern auf die davon ganz verschiedene Frage, welchen Erbtheil der nicht Exheredirte mit der Querel in Anspruch nehmen könne? Francke S. 213 fgg., Mühlenbruch S. 258. Not. 85. Aber man bedarf auch gar keines positiven

Beweises für unsren Satz, da sich derselbe aus dem Prinzip, daß der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion sei, nothwendig von selbst ergiebt.

b) Gerade so, und aus denselben Gründen, aus denen der Exheredirte mitgezählt werden muß, um den Pflichttheil der Uebrigen zu bestimmen, ist dies auch bei solchen Intestaterben der Fall, die zwar ein gleiches Intestaterbrecht, aber kein Pflichttheilsrecht haben. Auch von ihnen gilt also die Regel: **partem faciunt rel.**

c) Sehr streitig ist die Frage, ob bei Berechnung des Pflichttheils auch diejenigen mitzuzählen seien, welche bei Lebzeiten des Erblassers giltig auf die Erbschaft verzichtet haben? eine Frage, die nach römischem Rechte natürlich gar nicht vorkommen konnte. Die meisten Rechtslehrer bejahen diese Frage, Glück VII. S. 130 fgg. Geht man aber von dem gewiß richtigen Satze aus, daß nach deutschrechtlichen Grundsätzen dem giltig Verzichtenden die Erbschaft gar nicht deferirt werden kann, und daß er also nicht blos vermöge einer **exceptio pacti** ausgeschlossen werden kann, sondern daß, wie affirmative Erbverträge **ipso jure** ein Erbrecht begründen, so Erbverzichte dasselbe geradezu nehmen, Hasse im Rhein. Mus. II. S. 151, 169: so muß man unbedingt der verneinenden Meinung beitreten, und es kommt dabei auch gar nicht darauf an, ob der Erbverzicht gegen eine Abfindung geschah, oder nicht; Francke S. 216 fgg., Mühlenbruch S. 265 fgg. Wäre dagegen der Verzicht erst nach dem Tode des Erblassers geschehen, so versteht es sich, daß der Verzichtende in jeder Rücksicht mitgerechnet werden muß, Glück VII. S. 137 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 269 fgg.

d) Endlich bleibt hier noch die Frage übrig, wie der Pflichttheil zu berechnen sei, wenn die überlebende Ehefrau, sei es nach gemeinem (arme Wittwe), oder nach statutarischem Rechte mit Pflichttheilsberechtigten zusammentrifft? Viele wollen hier die Portion der Ehefrau als eine Schuld der Masse vorabziehen und aus dem Uebrigbleibenden den Pflichttheil ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen berechnen, z. B. *Lauterbach*, **colleg. theoret. pract. V. 2. 46.** Andre dagegen berechnen den Pflichttheil aus der ganzen Masse ohne alle Rücksicht auf die Portion des überlebenden Ehegatten, so als ob dieser gar nicht vorhanden wäre, z. B. *Leyser*, **spec. 91. med. 5,** *Berger*, **oecon. jur. lib. II. tit. 4. thes. 16. n. 6.** u. A. m. Offenbar aber läßt sich keine dieser beiden Meinungen rechtfertigen, sondern es muß hier, da die Ehegattin, wenn sie auch nicht als Miterbin mit dem Pflichttheils-Berechtigten konkurrirt, doch jedenfalls die Intestatportion derselben um eine Quote schmälert (vgl. unten §. 488. Anm.), ebenfalls die Regel eintreten: **partem facit etc.** Hinterläßt also Jemand 4 Kinder und eine arme Wittwe, so ist der Pflichttheil eines Jeden der Kinder $\frac{1}{15}$ des Vermögens, während die erste Berechnungsweise nur $\frac{1}{16}$, die zweite nur $\frac{1}{12}$ ergeben würde. Gesetzt aber, es stirbt Jemand mit Hinterlassung von 6 Kindern und einer dürftigen Wittwe, so hat Jedes der Kinder $\frac{1}{14}$ des Vermögens als Pflichttheil zu fordern. Damit würde auch die erste Berechnungsart übereinstimmen, während nach der zweiten Berechnungsweise jedes Kind $\frac{1}{12}$ erlangen könnte. — Die richtige Ansicht ist h. z. T. sehr allgemein anerkannt, vgl. z. B. Glück VII. S. 99 fgg.,

und die dort Angeff., Francke S. 218 fgg., Mühlenbruch S. 270 fgg., Arndts a. a. O. S. 126, Sintenis III. §. 196. Anm. 2.

4) Noch bleibt die Frage übrig, wie der Pflichttheil der Enkel zu bestimmen sei? Daß hier nicht unbedingt die Zahl der miterbenden Personen berücksichtigt werden dürfe, ist von selbst klar; denn wenn z. B. ein Enkel von einem Sohne, und vier Enkel von einem andren Sohne zusammentreffen, ist es doch offenbar unjuristisch, dem erstren ½ seiner Erbportion, also ¼ des ganzen Vermögens als Pflichttheil zuzuweisen, da er ja rechtlich gar nicht mit noch vier andren, sondern mit nur einer andren Person zusammentrifft. Deßhalb hat denn auch unter unsren Juristen die entgegengesetzte Meinung die meiste Billigung erhalten, wonach stets nur auf die Zahl der Stämme zu sehen sei, weil ja auch ab intestato die Enkel nur nach Stämmen succediren, und der Pflichttheil aus der Erbportion berechnet werde, vgl. Glück VII. S. 60 fgg. und die dort Angeff., Möller, Pflichttheil II. S. 53 fg., Valett, Notherbenr. §. 46, Thibaut, Syst. §. 962 (9. Aufl. §. 984), Arndts a. a. O. S. 127, Riebel in der Gieß. Zeitschr. N. F. IX. S. 272 fgg. u. s. w. Offenbar aber folgt daraus nur, daß allerdings die Zahl der Stämme zu berücksichtigen sei, um die Größe der Intestatportion zu bestimmen, und daß dieselbe insofern auch für die Bestimmung des Pflichttheils von Einfluß ist, aber durchaus nichts weiter. Dem Geiste der Nov. 18 nach muß man jeden Falls so sagen: Justinian wollte, daß, wenn die Intestatportion groß sei, der Pflichttheil eine kleinere, wenn aber die Intestatportion klein sei, der Pflichttheil eine größere Quote derselben betragen solle; und danach muß man denn seine Verordnung so auffassen; wenn die Intestatportion eines Pflichttheilsberechtigten ein Viertheil oder mehr als ¼ des ganzen Vermögens ausmacht, so besteht der Pflichttheil aus ⅓ dieser Portion; beträgt aber die Intestatportion weniger als ¼, so besteht der Pflichttheil aus ½ derselben. Hiernach aber muß, wenn Jemand mit Hinterlassung eines Enkel von einem Sohne, und vier Enkel von einem andren Sohne verstirbt, der Pflichttheil anders für jenen, und anders für diese berechnet werden: der Erstre nämlich bekommt ⅓ seiner Intestatportion, also ⅙ des ganzen Vermögens; jeder der andren Enkel aber erhält die Hälfte seines Erbtheils als Pflichttheil, also $\frac{1}{16}$ des ganzen Vermögens. Diese Meinung ist denn auch in neuerer Zeit von Schöman, Handb. II. S. 75 fgg. aufgestellt und von einer Reihe ausgezeichneter Juristen angenommen worden, vgl. Weber zu Höpfner §. 473 b. a. E., Schweppe, Lehrb. §. 959, Mejer in Schweppe's Handb. V. §. 956, Wening, Lehrb. §. 490, Fritz in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb. l. c., Francke S. 221 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 272 fgg., Seuffert §. 653, Puchta, Vorles. zu §. 489, Sintenis III. §. 196. Anm. 2, Tewes II. S. 435. Doch sind hierbei noch folgende Punkte hervorzuheben:

a) Mühlenbruch a. a. O., dem auch Fritz a. a. O. und Keller, Pand. §. 513 folgen, erklärt die obige Fassung unsrer Regel für irrig und stellt vielmehr folgende Regel auf: der Pflichttheil eines Enkels beträgt nicht blos dann die Hälfte seiner Intestatportion, wenn mehr als vier Stämme vorhanden sind, sondern auch dann, wenn in seinem einzelnen Stamme mehr als vier Konkurrenten vorhanden sind. Wären also weniger als vier Stämme und in dem

einzelnen Stamm auch weniger als vier Konkurrenten vorhanden, so müßte hiernach der Pflichttheil des Enkels doch nur ⅓ ausmachen, sollte auch seine Intestatportion weniger als ¼ betragen, und namentlich wäre danach unser obiges Beispiel falsch entschieden, weil da nur zwei Stämme und in dem einen Stamme gerade nur 4 Konkurrenten vorhanden sind. Wäre dies aber wirklich Justinian's Ansicht, so wäre er offenbar auf halbem Wege stehen geblieben, denn es wäre danach leicht möglich, daß Jemand mit einer größeren Intestatportion die Hälfte derselben als Pflichttheil erhielte, während ein Andrer mit einer viel kleineren Intestatportion nur auf ein Drittheil Anspruch machen könnte. Gesetzt, es stirbt Jemand mit drei Söhnen und vier Enkeln von einem vierten Sohne, so würde die Intestatportion eines solchen Enkels $\frac{1}{16}$ betragen, und davon würde ihm nach Mühlenbruch's Ansicht ein Dritttheil als Pflichttheil gebühren; während wenn Jemand mit einem Sohne und fünf Enkeln von einem andren Sohne verstürbe, der Intestaterbtheil eines jeden Enkels $\frac{1}{10}$, und der Pflichttheil die Hälfte dieses Zehntheils betragen würde. Wie wäre dies aber mit dem Gedanken Justinian's zu vereinigen, daß bei einer kleineren Intestatportion der Pflichttheil eine größere Quote betragen solle? Hält man diesen Gedanken fest, so muß man nothwendig zu dem Resultate kommen, daß in Nov. 18. die größere und kleinere Zahl der Konkurrenten rein repräsentativ statt der größeren und kleineren Quote der Intestatportion gesetzt ist, was sich auch leicht erklärt, weil ja, namentlich in dem von Justinian zunächst allein entschiedenen Fall, bei Kindern ersten Grades durch die Zahl der Konkurrenten die Größe der Intestatportion bestimmt wird. .So aufgefaßt rechtfertigt sich aber vollständig die obige Fassung unsrer Regel.

b) Nicht selten wird unsre Regel so ausgedrückt: wenn die Intestatportion ¼ oder mehr beträgt, so ist der Pflichttheil ⅓; wenn aber die Intestatportion ⅕ oder weniger ausmacht, so ist der Pflichttheil ½ derselben; vgl. z. B. Schweppe und Weber citt. Hiernach wäre aber keine Norm für den Fall gegeben, wenn die Intestatportion zwar weniger als ¼, aber mehr als ⅕ beträgt, was doch auch vorkommen kann. (Man setze z. B.: X. hat einen Sohn, drei Enkel von einem andern Sohne, und drei Enkelinnen von einem dritten Sohne; einer der Enkel heirathet eine der Enkelinnen, und aus dieser Ehe entsteht ein Urenkel Z. Wenn nun jetzt X. mit Hinterlassung des Sohns, zweier Enkel, zweier Enkelinnen und des Urenkels Z. verstirbt, so beträgt die Intestatportion des Letztren $\frac{2}{9}$, also weniger als ¼ und mehr als ⅕). Da nun Justinian in Nov. 18. sich so ausdrückt, daß stets dann, wenn mehr als vier Söhne vorhanden seien, die Hälfte genommen werden solle, so sind wir gewiß berechtigt, überall, wenn die Intestatportion weniger beträgt als ¼, sollte sie auch mehr als ⅕ ausmachen, die Hälfte der Intestatportion als Pflichttheil anzunehmen; was denn auch in unsrer obigen Fassung der Regel enthalten ist.

Es fällt von selbst in's Auge, daß diese Regel nicht blos wichtig wird, um den Pflichttheil der Enkel, Urenkel u. s. w. richtig zu bestimmen, sondern auch bei Berechnung des Pflichttheils der Aszendenten, indem im Falle der hier möglichen successio in lineas ähnliche Irrthümer verbreitet sind, wie bei der **successio in stirpes** der Deszendenten.

Anm. 2. Ueber die Berechnung des Pflichttheils vgl. Francke S. 226 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 276 fgg.

2) Art und Weise, wie der Pflichttheil hinterlassen werden muß. §. 476.

1) §. 6. J. de inoff. test.: Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio [l. 30. C. h. t.], vel aliis modis, qui constitutionibus continentur.

2) *Justinian.* l. 32. C. h. t. (3, 28): — — — in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram, vel aliud gravamen introducente eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabuntur, imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens, tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. — L. 36. §. 1. eod.

3) L. 36. pr. eod.: — — Sancimus — — —, repletionem [legitimae] fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus sit, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, ut puta ususfructus; humanitatis enim gratia sancimus, ea quidem omnia quasi jure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri.

Anm. 1. Ueber die s. g. Socinische Kautel vgl. Koch, über die Socinische Kautel. Gießen 1786, Glück VII. S. 86 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 334 fgg., und „über Pflichttheils-Verletzung durch gegenseitige Fideikommiß.-Substitution" s. Rudorff in Bekker's Jahrb. V. S. 261 fgg.

Anm. 2. Daß im Allgemeinen Alles, was der Pflichttheilsberechtigte *mortis causa* von dem Testator erhält, in die Legitima eingerechnet werden muß, ist nicht zu bezweifeln. Schwierigkeit macht hier nur die l. 36. pr. C. h. t. verb. repletionem fieri etc. (T. 3). *Donell.* comm. jur. civ. XIX. 4, und nach ihm Schweppe, Lehrb. §. 960, Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 91, Mayer, Erbr. I. §. 88. Not. 12, Brinz, Pand. §. 202, verstehen die da vorkommende substitutio nur von der s. g. fideikommissarischen und der pupillaren, und das jus accrescendi blos von der Anwachsung des schon erworbenen *ususfructus*, und bilden demgemäß die Regel, daß in den Pflichttheil nicht eingerechnet werde, was dem Berechtigten aus dem Vermögen des

Verstorbenen erst zufalle, nachdem es vorher schon einem Andren erworben war. Offenbar aber ist dies eine höchst gezwungene Erklärung jener Worte, und man muß daher vielmehr der Meinung von Francke S. 231 fgg. und Mühlenbruch XXXV. S. 294 fgg. beistimmen, wonach Justinian's Vorschrift wörtlich zu nehmen und also die Regel aufzustellen ist: was der Testator zunächst einem Andren zugedacht hat, nicht damit dieser es ganz oder theilweise an den Pflichttheilsberechtigten restituire, sondern daß er es behalte, das soll in die Legitima nicht eingerechnet werden, wenn der Pflichttheilsberechtigte an die Stelle jenes Honorirten tritt, und es ist dabei einerlei, ob dies vermöge ausdrücklicher Substitution, oder nach gesetzlicher Accretion geschehen ist. Nur muß man doch wohl (s. jedoch auch Arndts a. a. O. S. 131. Not. 228) die Beschränkung hinzufügen, daß dies nur von Vermächtnissen zu verstehen ist, welche durch Substitution oder Accretion dem Berechtigten zufallen, nicht auch von Erbportionen, die allerdings einzurechnen sind; denn Justinian redet in der ganzen Verordnung blos von Vermächtnissen, und setzt sogar ausdrücklich die Pflichttheilsberechtigten den Erben entgegen. — Uebrigens versteht es sich auch nach jenen Worten Justinian's von selbst, daß das nicht einzurechnen ist, was der Notherbe *conditionis implendae causa* erhält, und was ihm als Pupillarsubstitut zufällt, denn Beides bekommt er ja nicht ex ipsa substantia patris, und doch soll nur dieses nach jener Verordnung in den Pflichttheil eingerechnet werden.

Was der Testator den Pflichttheilsberechtigten inter vivos zugewendet hat, wird der Regel nach in den Pflichttheil nicht eingerechnet. Doch giebt es hiervon mehrere Ausnahmen, vgl. l. 25. pr. h. t., l. 35. §. 2. C. h. t. — l. 29. C. eod. — l. 30. §. 2. C. eod.; s. auch l. 20. pr. C. de collat. (6, 20) und vgl. Francke S. 235 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 301 fgg., Arndts a. a. O. S. 132 fgg.

III. Von den Rechtsmitteln aus dem Pflichttheilsrechte.

A. Im Allgemeinen. §. 477.

B. Insbesondere.

1) Von der Querela inofficiosi testamenti.

a) Voraussetzungen der Querel. §. 478.

Anm. Es kommt hierbei vorzüglich auf folgende Punkte an:

1) Die Inoffiziositäts-Querel wird nicht selten als ein blos präjudizielles Rechtsmittel aufgefaßt, wodurch nur die Reszission des Testaments bewirkt werde, so daß der Sieger doch noch die hered. petitio ab intestato anstellen müsse, um sich zu der Erbschaft selbst hinzuziehen, vgl. z. B. die bei Glück VII. S. 361. Not. 3, und bei Francke S. 254. Not. 9. Angeff., und unter den Neuern

besonders *Haubold*, de differ. inter. test. nullum et inoff. cap. 4, *Klenze*, querelae inoff. test. natura ex princip. j. rom. antej. eruta. Berol. 1820, Bluntschli, Erbf. gegen den letzten Willen S. 172 fgg., Fabricius, Ursprung u. Entw. der B. P. S. 136 fgg., Arndts a. a. O. S. 99 fg., G. Hartmann, akad. Progr. über die quer. inoff. test. nach klass. Recht. Bas. 1864. S. 6 fgg. Man muß sich aber gewiß hiergegen erklären, und die quer. inoff. test. vielmehr als eine freilich mehrfach modifizirte Erbschaftsklage (s. g. hered. petitio qualificata) ansehen; denn nicht nur, daß dieselbe geradezu als eine hered. petitio ex nomine de inofficioso constituta bezeichnet wird, l. 24. C. de inoff. test., vgl. auch l. 20. pr. de b. p. c. t. (37, 4), und es in l. 20. de inoff. test. sogar ausdrücklich heißt: „Qui de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, *nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere*": so werden auch von dieser Klage nicht selten die Ausdrücke gebraucht: hereditas petitur, evincitur, vindicatur u. dgl., vgl. z. B. l. 8. §. 8, l. 17. pr., l. 19, l. 21. §. 2, l. 27. §. 3. de inoff. test., l. 3. C. de her. pet. (3, 31). Wenn Fabricius besonders dagegen anführt, daß die querel. inoff. test. auch von dem Besitzer der Erbschaft angestellt werden könne, was doch mit dem Wesen einer H. P. unverträglich sei, so wird diese Behauptung durch l. 8. §. 13. de inoff. test. gewiß nicht bewiesen, denn offenbar ist diese Stelle, ungeachtet der Einwendungen von Fabricius und Hartmann S. 19 nur so zu verstehen, wie dies auch gewöhnlich geschieht, daß das Fundament der Querel auch zur Einrede dienen könne, und wenn er ferner gegen unsre Ansicht die Einwendung erhebt, die Querel sei ja nicht selten auch von solchen Personen anzustellen gewesen, welchen die hereditatis petitio gar nicht zugestanden habe, namentlich von blosen bonorum possessores, so übersieht er, daß unsre Behauptung nicht dahin geht, es sei die querela inoff. test. gerade die zivile hereditatis petitio, sondern ihr Sinn ist nur: durch die Querel selbst, nicht aber erst durch eine andre darauf folgende Klage, ziehe man sich zu der Erbschaft hin. Auch den Ausspruch von *Paulus* rec. sent. IV. 5. §. 4. („Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur") können die Gegner nicht für sich anführen, denn das nicht ganz unscheinbare Argument, daß hier Paulus die qu. inoff. test. und die hered. petitio als zwei verschiedene Klagen sich gegenüberstelle, und also die querela nicht als eine hered. petitio betrachten könne, beseitigt sich durch die schon oben gemachte Bemerkung, daß die Querel allerdings nicht die gewöhnliche, sondern eine in vielfacher Beziehung sehr eigenthümliche hered. petitio ist, und demnach unbedenklich als eine besondere Klage der einfachen hered. petitio entgegengestellt werden kann, woraus sich auch von selbst der besondere Namen der Klage und auch der weitere Umstand erklärt, daß sowohl in den Pandekten wie im Kodex besondre Titel für beide Klagen vorkommen. Wenn endlich Hartmann a. a. O. S. 14 fgg. noch ganz vorzügliches Gewicht auf l. 19. h. t. legt, indem hier unzweideutig ein zwiefacher Prozeß — der abgethaene Inoffiziositäts-Prozeß und die noch bevorstehende hereditatis petitio — vorausgesetzt werde: so ist dies schwerlich zutreffend, indem man in dieser Stelle allenfalls eine Hinweisung auf die der condemnatio vorausgehende pronuciatio, aber gewiß nicht die Voraussetzung eines doppelten

Prozesses finden kann; und wie unpassend wäre auch der Inoffiziositäts-Prozeß im Sinne Hartmann's mit den Worten „si hereditatem ab intestato petat" bezeichnet! — Die hier gebilligte Ansicht ist auch von jeher von den bei Weitem meisten Juristen angenommen, und ist auch noch h. z. T. als die herrschende anzusehen, vgl. Glück a. a. O. und die dort in Not. 4. Angeff., Schilling, Bemerk. über röm. Rechtsg. S. 191 fgg. (der jedoch für die ältere Zeit eine andre Ansicht aufstellt, vgl. dagegen Schneider, allgem. subsid. Klagen S. 455 fgg.), Francke S. 253 fgg., Mühlenbruch Forts. XXXV. S. 344 fgg. und Lehrb. §. 685. Not. 1, Wening, Lehrb. §. 494. Not. v., Mayer, Erbr. I. S. 207 fgg. Not. 21, Gneist, form. Verträge S. 73 fgg., Leist, Bonor. poss. II. 2. H. 40, Sintenis III. §. 199. Anm. 1, Brinz, Pand. §. 200, Bering S. 401, Tewes II. S. 445 fgg. Vgl. auch Savigny, Syst. II. S. 127 fgg.

2) An mehreren Stellen wird in Verbindung mit der querela inoff. test. eine bonorum possessio litis ordinandae gratia erwähnt, vgl. bes. l. 8. pr. de inoff. test. mit l. 6. §. 2, l. 7. eod., l. 2. C. eod. Die von Vielen angenommene Meinung, nach welcher jene B. P. nur einem inique enterbten emancipatus zustehe, und also stets eine bon. poss. *Unde liberi* sei, vgl. z. B. *Averani* lib. I. c. 8, *Koch*, B. P. §. 10. u. A., widerlegt sich bestimmt durch l. 8. pr. cit., indem da diese B. P. in einer solchen Verbindung vorkommt, daß die Anstellung der querela inoff. test. von Seiten des Vaters selbst im Namen seines Haussohns in Frage steht. Offenbar richtiger ist daher die jetzt auch sehr allgemein angenommene Meinung, daß dann, wenn ein Pflichttheils-Berechtigter sein Intestaterbrecht nur durch prätorische Vermittlung, also durch eine s. g. bon. poss. necessaria, erlangen konnte, er erst provisionell dieses Intestaterbrecht durch Agnition der B. P., einerlei übrigens, ob in der Klasse unde liberi oder in einer andren, sich erwerben mußte, ehe er die querela inoff. test. anstellen konnte, und dieses ist denn eben unsre b. p. lit. ord. gratia, die aber, da sie dem Inoffiziositäts-Prozeß nur zur formalen Grundlage diente, zunächst immer blos sine re ist, vgl. Glück, Intestaterbs. §. 96, Francke S. 315 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 155 fgg., Fabricius, Urspr. und Entw. der B. P. S. 146 fgg., Leist, Bon. poss. II. 2. S. 39, Sintenis III. §. 199. Anm. 1. Wenn Schilling, Bemerk. über röm. Rg. S. 211 fgg. meint, der Hauptzweck dieser B. P. sei vielmehr der gewesen, die zur Anstellung der querela inoff. test. entschlossenen Notherben vorläufig in den Besitz der Erbschaft einzuweisen, so stützt er sich vornehmlich darauf, daß es ja als Vorbereitungsmittel zur Transmission der Querel auf die Erben eines solchen Umwegs nicht bedurft habe, da nach l. 6. 7. h. t. eine blose Erklärung oder Androhung genüge. Es ist aber dieser Grund wenig entscheidend, weil der Hauptzweck dieser B. P. ja nicht darin besteht, die Transmission der Querel auf die Erben sicher zu stellen, sondern vielmehr nur darin, daß der Querulant erst selbst das Recht eines Intestaterben, und folgeweise also das Recht zur Anstellung der querela inoff. test. erhalte. Nach Nov. 118. fällt diese bon. poss. lit. ord. gratia von selbst hinweg: vgl. auch Leist a. a. O. S. 343.

3) Wer zur Anstellung der Querel berechtigt sei, ergiebt sich aus den obigen Erörterungen (§. 474). Auf die Erben des ursprünglich Berechtigten geht die Querel nicht über, es müßte denn derselbe schon eine bestimmte Erklärung irgend einer Art, sie anstellen zu wollen, abgegeben haben, l. 6. §. 2, l. 7. h. t. Eine Ausnahme hiervon führte aber Justinian in l. 34. C. h. t. für Descendenten ein, denn diese sollen auch ohne alle Vorbereitung auf ihre Descendenten ihr Querelrecht transmittiren. Die Meisten nehmen an, daß dieses Recht nur dann Statt finde, wenn der Notherbe vor der Erklärung des Testamentserben gestorben sei, vgl. z. B. Glück VII. S. 464 fgg., Francke S. 317 fgg. In neuerer Zeit hat aber Marezoll in Gießer Zeitschr. III. S. 343 fgg., welchem Arndts a. a. O. S. 101. Not. 106 beistimmt, die Meinung zu vertheidigen gesucht, daß diese Transmission immer Statt finde, möge der ausgeschlossene Notherbe vor oder nach der Erklärung des Testamentserben gestorben sein. Doch wohl mit Unrecht: denn die von Justinian in der Einleitung klar ausgesprochene Tendenz der l. 34. cit. ist es, die Zögerung des Testamentserben für das Kind des Erblassers und dessen Nachkommen unschädlich zu machen; und daß ein solcher Fall allein hier entschieden werden sollte, deutet insbesondere der in den Dispositiv-Worten des Gesetzes vorkommende Ausdruck: *in hac specie* sehr scharf an, so wie dafür vorzüglich noch l. 36. §. 2. C. de inoff. test. beweisend ist. Einige Schwierigkeit machen nur die Endworte der l. 34. cit.: vel quinquennium tacuit rel. Bedenkt man aber, daß zur Zeit dieser Konstitution (530) die Verjährung der Querel von dem Tode des Erblassers an gerechnet wurde, indem erst ein Jahr später in l. 36. cit. dafür der Augenblick des Erbschaftsantritts festgesetzt wurde, so ist von selbst klar, daß die Worte: scilicet post aditam hereditatem, die allein hier Schwierigkeit machen, ursprünglich in der Verordnung fehlten, und erst von den Kompilatoren hinzugefügt wurden, die dabei nicht bedachten, daß dieselben zu dem hauptsächlichen Inhalt des Gesetzes nicht paßten; vgl. auch Mühlenbruch XXXV. S. 467 fgg.

Da übrigens das wahre Fundament der Klage die Lieblosigkeit des Testators ist, und eine solche doch nur dann angenommen werden kann, wenn der Querulant nicht durch schlechtes Betragen gegen denselben seine Ausschließung selbst verschuldete, so erscheint es als völlig konsequent, wenn es dem Kläger obliegt: „docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum“, l. 3, l. 5. h. t., während freilich der Verklagte die von ihm behauptete Existenz einzelner Ausschließungsgründe darzuthun hat, vgl. l. 22, l 30. pr., l. 34. C. h. t., l. 10. C. de sec. nupt. (5, 9), Nov. 92. cap. 1. §. 1, Nov. Major. de sanctimon. §. 8. (bei *Hugo* j. c. a. II. p. 1381), aus welchen Stellen man also gewiß nicht mit Francke S. 293 fgg. den Satz ableiten kann, daß der Kläger ganz frei von dem Beweise seines Wohlverhaltens sei; vgl. dagegen Mühlenbruch XXXVII. S. 123 fgg. Die l. 28. C. h. t. gehört wohl gar nicht hierher; vergleicht man sie mit ihrer Quelle, der l. 2. C. Th. de inoff. test. (2, 19), so läßt sich nicht verkennen, daß hier nicht sowohl die Beweislast normirt, als vielmehr nur ein Zweifel beseitigt werden soll, ob auch die Mutter eben so, wie Descendenten, durch schlechtes Betragen ihren Anspruch auf den Pflichttheil einbüße, vgl. *J. Gothofred.* ad leg. 2. cit.,

Mühlenbruch a. a. O. S. 128 fgg. Daß es übrigens, was die Inoffiziositätsquerel anbelangt, keine gesetzlich bestimmten Ausschließungsgründe giebt, sondern das Ermessen des Richters entscheiden muß, wobei die Enterbungsgründe der Nov. 115. nur analog zur Anwendung gebracht werden können, kann, wenn man das Verhältniß dieser Novelle zu dem Inoffiziositätsrecht richtig auffaßt, nicht in Abrede gestellt werden, und eben so unzweifelhaft ist es auch, daß auch der unwürdige Bruder, obwohl er nur gegen eine eingesetzte persona turpis Klage erheben kann, von der Querel ausgeschlossen ist.

4) Die querela inoff. test. kann nicht, wie die einfache hered. petit. gegen Jeden angestellt werden, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, sondern regelmäßig nur gegen den eingesetzten Erben, und zwar nur nach erfolgtem Erbschaftsantritt, l. 8. §. 10. h. t. Daß nach dem Tode desselben die Klage auch gegen seine Nachfolger gerichtet werden könne, ist unzweifelhaft, und darum kann denn auch der Fiskus in Anspruch genommen werden, wenn dieser dem testamentarischen Erben succedirt hat, l. 10. C. h. t. (Ueber die Worte: vel ipsius Quintiniani rel. vgl. Francke S. 286 fgg. Not. 1, dem auch v. Schröter in Gießer Zeitschr. X. S. 135. beistimmt; abweichende Ansichten s. bei Glück VII. S. 407 fgg. Not. 37. und v. Buchholtz, jur. Abh. S. 107. Not. 6). Außer gegen den eingesetzten Erben kann aber die Querel auch noch gegen den Universal-Fideikommissar, nach erfolgter Restitution, l. 1. C. h. t., und gegen denjenigen angestellt werden, welcher dem eingesetzten Erben die Erbschaft wegen Unwürdigkeit entrissen hat, arg. l. 10. C. cit., Arndts a. a. O. S. 98. Not. 89, und nicht minder endlich kann sie von dem exheredirten Kinde auch gegen den präterirten emancipatus gebraucht werden, welcher durch bon. poss. *contra tabulas* in den Besitz der Erbschaft gekommen ist, l. 8. pr., l. 20. pr. de bon. p. c. t. — Da übrigens die Querel gegen die eingesetzten Erben nur nach erfolgtem Erbschaftsantritt angestellt werden kann, so verfügte Justinian in l. 36. §. 2. C. h. t., der eingesetzte Erbe solle, wenn eine Querel zu gewärtigen sei, sich binnen sechs und resp. zwölf Monaten (je nachdem der eingesetzte Erbe und der Pflichttheilsberechtigte in einer oder in verschiedenen Provinzen leben) fest erklären, widrigen Falls er nach Ablauf dieser Zeit zu dem Erbschaftsantritt gezwungen werden solle („sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime *adierit*, per officium quidem judicis heredem scriptum compelli, *hoc facere*"). Wenn Manche behaupten, Justinian habe für die Nichtbeachtung dieser Frist kein Präjudiz angedroht, sondern nur verordnet, daß der Erbe nach Ablauf derselben zu einer Erklärung angehalten werden solle, vgl. z. B. Francke S. 256, Arndts S. 97 fg., so verstößt dies m. E. gegen die klaren Gesetzes-Worte.

b) Wirkungen der Inoff. Querel. §. 479.

Anm. 1. Einer der schwierigsten und bestrittensten Punkte in der Lehre von der querela inoff. test. ist die Lehre von den Wirkungen derselben. Als leitende Grundsätze müssen hier wohl folgende aufgestellt werden:

A) Der Querulant darf nie mehr, als seinen Intestat-Erbtheil fordern, l. 19. h. t.: „filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset"; vgl. l. 8. §. 8. eod.: „non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere", l 17. eod.: „et ideo universam hereditatem non recte vindicasset", l. 27. § 3 eod. („pro portione").

B) Beträgt also die Intestatportion des Querulanten weniger als die ganze Erbschaft, so darf durch das Urtheil auch nicht das ganze Testament reszindirt werden, sondern nur bis zum Belauf der Intestatportion des Querulanten; l. 19. cit: „Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur".

C) Wird aber in einem solchen Falle doch irrthümlich das ganze Testament infirmirt, so tritt nun die vollständige Intestatsuccession ein, l. 19. cit., wo es nach den vorher ausgezogenen Worten weiter heißt: „Ceterum, si quis putaverit, filia obtinente totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutam (die andre eingesetzte Tochter) ab intestato posse adire hereditatem", und dasselbe tritt auch dann ein, wenn Jemand, welcher gar nicht zur Intestatsuccession gerufen ist, aus Versehen des Richters mit der Querel die Reszission des ganzen Testaments erwirkt hat, l. 6. §. 1. h. t.: „Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit — nemo enim eum repellit —, et casu obtinuerit, non ei proficit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem; nam intestatum patrem familias fecit". Eben weil der in den letzten Worten angegebene Grund wegfällt, muß anders entschieden werden, wenn ein eigentlich gar nicht Berechtigter nur pro parte, also nur gegen Einen der eingesetzten Erben klagte; hier behält er nämlich das durch das irrige Erkenntniß ihm Zugewiesene, l. 25. §. 1. h. t.

Hält man diese, durch die bestimmtesten Quellenzeugnisse bestätigten Grundsätze, und die Prinzipien, worauf dieselben beruhen, fest, so verschwinden zum großen Theile die Schwierigkeiten in dieser Lehre. Es sind demgemäß folgende Fälle aufzustellen, in denen durch die querela inofficiosi testamenti nur eine theilweise Infirmation des Testaments eintritt:

1) Es tritt dies stets dann ein, wenn von mehreren eingesetzten Erben Einer oder Einige nicht verurtheilt werden, was sich von selbst aus der auf die Partheien beschränkten Wirksamkeit der res judicata erklärt. Es kommt dies vor:

a) Wenn der Querulant aus freiem Willen nicht sämmtliche eingesetzte Erben belangt hat, vgl. l. 25. §. 1. h t.

b) Wenn ein Bruder übergangen ist, und neben einer persona turpis auch personae honestae eingesetzt sind. Hier bleibt die Erbeinsetzung der Letztren vollkommen giltig, l. 24. h. t., l. 27. C. h. t.

c) Wenn sich unter den eingesetzten Erben ein Intestaterbe befindet, welcher auf nicht mehr, als seine Intestatportion eingesetzt ist, l. 19. h. t. Wäre derselbe sogar auf weniger eingesetzt, etwa nur auf seinen Pflichttheil, so bleiben auch die anderweiten Erbeinsetzungen theilweise bestehen, indem ja der Querulant nicht mehr, als seinen Intestaterbtheil zu fordern das Recht hat, l. 19. cit.

Wäre der Intestaterbe auf mehr als seine Portion eingesetzt, so kann die Querel nur auf dieses Mehr gerichtet werden.

d) Wenn der Querulant die Klage zwar gegen sämmtliche eingesetzte Erben anstellte, aber nicht gegen Alle siegte, l. 15. §. 2, l. 24. h. t., l. 13. C. h. t.

2) Auch dann tritt nur theilweise Reszission des Testaments ein, wenn die Portion des Querulanten — einerlei natürlich, ob die ursprüngliche, oder die durch Anwachsung vergrößerte, s. den folg. §. — nicht die ganze Erbschaft beträgt. Hierher gehört also namentlich:

a) Wenn neben dem Pflichttheilsberechtigten noch andre gleich berechtigte Intestaterben vorhanden sind, denen aber kein Pflichttheilsrecht zusteht (z. B. wenn neben dem vollbürtigen Bruder noch vollbürtige Neffen, oder neben dem frater consanguineus noch fratres uterini oder halbbürtige Neffen da sind). Abgesehen von der gewiß irrigen Ansicht vieler Aeltern, daß in solchen Fällen die Portion der andren Intestaterben dem Querulanten accreszire, vgl. darüber den folg. §., hat sich h. z. T. die herrschende Lehre dafür erklärt, daß die auf solche anderweiten Intestaterben fallenden Portionen bei dem Testamentserben zurückbleiben, und das Testament also nur theilweise reszindirt werde, vgl. z. B. Glück VII. S. 436 fgg. und die da Angeff., Francke S. 299, Mühlenbruch XXXV. S. 397, XL. S. 154 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 87, Hartmann, Progr. über die querela inoff. test. S. 24 fgg., Tewes II. S. 453 — Schweppe, Lehrb. §. 963, Thibaut, Syst. §. 969, Fritz in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb. §. 494. u. A. m. Doch hat auch die andre Ansicht mehrfache Vertheidiger gefunden, daß in solchem Falle das ganze Testament reszindirt, und die Intestaterbfolge nicht blos für den Querulanten, sondern auch für die übrigen Intestaterben eröffnet werde, s. z. B. Huschke im Rhein. Mus. VI S. 341 fgg., Witte in Weiske's Rechtslex. I. S. 287 fgg., Puchta, Lehrb. §. 490. Not. m., Mejer in Schweppe's Handbuch V. §. 966, Wening, Lehrb. §. 494, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 199. Anm. 9, Vering S. 406 fgg. Anm. 2. Für diese Ansicht beruft man sich besonders darauf, daß der Kläger, auch wenn er nur einen Theil der Erbschaft in Anspruch nehme, nothwendig die Reszission des ganzen Testaments verlangen müsse, quia nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest., und auch der Richter müsse, wenn er für den Kläger spreche, nothwendig von der Ansicht ausgehen, daß das ganze Testament ungiltig sei. Demnach müsse also in solchem Falle immer das ganze Testament reszindirt werden, und geschehe dies, so sei es nach l. 6. §. 1. h. t. unzweifelhaft, daß nun immer die volle Intestatsuccession eintrete, vgl. bes. Huschke a. a. O. Wenn es aber wirklich gegründet wäre, daß der Richter nur vermittelst Reszission des ganzen Testaments für den Kläger die Intestatsuccession eröffnen könne, so müßte dies doch gewiß auch in dem Falle eintreten, wenn der Querulant nur gegen Einen der mehreren eingesetzten Erben auftritt: denn in beiden Fällen gleichmäßig intendirt der Kläger, daß für ihn die gesetzliche Erbfolge eröffnet werde, und dies soll ja nach jener Voraussetzung nicht anders geschehen können, als nach Reszission des ganzen Testaments. Findet man nun aber, was Huschke selbst nicht in Abrede stellt,

daß in dem letzten Falle das Testament allerdings nur theilweise rescindirt wird, „quia res judicata jus inter partes facit“, vgl. die vorher bei No. 1. angeff. Gesetze, so muß gewiß ganz aus demselben Grunde auch in unsrem Falle angenommen werden, daß der Richter nur insoweit das Testament rescindiren dürfe, als dies die Ansprüche des Klägers nothwendig machen; und daß dies auch ganz die Ansicht der römischen Juristen war, geht mit vollster Evidenz aus l. 19. h. t. hervor, denn hier heißt es gerade in einem solchen Falle, wo nur Einer von mehreren Intestaterben zur Querel berechtigt ist: „quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur“. Und mit welcher Klage sollten wohl auch die Intestaterben gegen den instituirten Erben — denn in dessen Händen befinden sich ja noch ihre Portionen — auftreten? Natürlich kann nur an die einfache hered petitio ab intestato gedacht werden; aber selbst wenn man annehmen wollte, daß der Richter nur nach Rescission des ganzen Testaments für den Querulanten die Intestaterbfolge eröffnen könnte, so könnte doch diesem Urtheile, ohne augenscheinliche Vernachlässigung der subjektiven Beschränkung der res judicata, keine absolute Geltung zuerkannt werden, so daß nun der instituirte Erbe, auch Dritten gegenüber, wie ein pro possessore possidens betrachtet, und gegen ihn die einfache hered. pet. ab int. angestellt werden dürfte. Zwar beruft sich Huschke auf die Analogie des Falls, wenn einer von mehreren Eigenthümern eines Grundstücks mit der actio confessoria gesiegt hat, l 4. §. 3. si serv. vindic. (8, 5), aber dies paßt gewiß nicht, denn wegen der Untheilbarkeit der Servitut muß der Miteigenthümer natürlich *in solidum* klagen, und das richterliche Erkenntniß kann nur darauf gehen, daß dem Grundstücke – als dessen Repräsentant der eine Eigenthümer auftritt — die Servitut zustehe. In der That würde man auch bei konsequenter Durchführung dieser Analogie zu Resultaten kommen, die mit unsren Gesetzen in direktem Widerstreit stehen. Ohne Zweifel wird nämlich die Servitutenklage auch gegen den Einen der mehreren Eigenthümer in solidum angestellt, und auch dieses Urtheil ist wirksam gegen die übrigen Eigenthümer, vgl. auch l. 19. si serv. vind., und darnach müßte denn auch die gegen den Einen der mehreren eingesetzten Erben angestellte querela inoff. test. auch gegen die Uebrigen wirksam sein! — Dann freilich, wenn irrthümlich das ganze Testament durch das richterliche Urtheil rescindirt wäre, müßte man auch den übrigen Intestaterben eine Konkurrenz mit dem Querulanten einräumen (s. oben lit. C.), aber dies ist auch völlig konsequent; denn in diesem Falle besitzt der Querulant als Intestaterbe die ganze Erbschaft und da ist es denn freilich ganz in der Ordnung, daß gegen diesen die übrigen gleich berechtigten Intestaterben mit der einfachen hereditatis petitio ab intestato durchdringen können.

b) Hierher gehört auch der andre Fall, wenn mehrere in abstracto zur Querel Berechtigten vorhanden sind, aber der Eine in concreto in rechtsgiltiger Weise von der Erbschaft ausgeschlossen, oder auf seinen Pflichttheil bedacht ist. Dieselben Streitigkeiten, welche bei dem vorigen Falle erwähnt wurden, kommen in gleicher Weise auch hier vor, und namentlich behauptet auch hier Huschke a. a. O., daß der ex justa causa Ausgeschlossene oder titulo singulari mit dem Pflichttheil Bedachte doch bei der durch den Querulanten eröffneten

Intestatsuccession miterbe. Nach dem vorher Bemerkten stellt sich diese Ansicht von selbst als unhaltbar heraus, sondern man muß auch hier sagen, daß der ganze und resp. der nach Abzug des Pflichttheils übrigbleibende Intestaterbtheil des von der Querel Ausgeschlossenen bei den Testamentserben verbleibt; eine Meinung, welche auch durch die, richtig verstandene, l. 8. §. 8 h. t. und l. 16. pr. eod. sehr bestimmt unterstützt wird.

3) Endlich tritt eine nur theilweise Reszission des Testaments auch in dem Falle ein, wenn von zwei ausgeschlossenen Pflichttheilsberechtigten der Eine mit der Querel unterliegt, der Andre siegt, cf. l. 16. pr. h. t., l. 29. pr. de exc. rei judic (44, 2), und für diesen Fall gibt auch Huschke S. 347. die Richtigkeit dieser Ansicht zu.

Anm. 2. Soweit das Testament durch die Querel aufgehoben wird, gilt die Erbschaft für gar nicht erworben, l. 21. §. 2, l. 26. h. t., l. 22. f. C. h. t. Natürlich müssen denn auch soweit alle übrigen Dispositionen des Testaments hinwegfallen, und selbst schon gezahlte Vermächtnisse dürfen zurückgefordert werden, l. 8. §. 16, l. 13. 28. h. t, l. 36. de leg. III. Doch giebt es hiervon einige Ausnahmen; vgl. a) l. 31. pr. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 8. §. 5. de inoff. test. — b) l. 17. §. 1, l. 18. h. t., l. 5. §. 1. 2, l. 14. pr. §. 1. de appell. (49, 1) (vgl. Bd. I. S. 286). — c) L. 28. h. t: „Quum mater filium militem falso audiisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, D. Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere, ita ut legata et libertates praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adjicitur; nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet". Cf. l. 27. §. 4. eod.: „De testamento matris, quae existimans periise filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest". Zum Theil abweichend ist Mühlenbruch XXXV. S. 380 fgg. — L. 3. C. de inoff. test.: „Si mater filiis duobus heredibus institutis, tertio post testamentum suscepto, quum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito, utpote non justis rationibus neglectus, de inofficioso querelam instituere poterit. Sed quum eam in puerperio vita decessisse proponas, repentini casus iniquitas per conjecturam maternae pietatis emendanda est. Quare filio tuo, cui nihil praeter maternum fatum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. Sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur". — Mühlenbruch S. 387 fgg. — d) L. 8. §. 17, l. 9. h. t., l. 76. pr. de leg. II, l. 29. fin. de exc. rei judic. (44, 2). — Können auch testamentarische Anordnungen durch die Kodizillarklausel aufrecht erhalten werden, vgl. l. 13. h. t. (Scaevola lib. III. Resp.): Titia filium heredem instituit, filio legatum dedit; eodem testamento ita cavit: *ea omnia, quae supra dari, fieri jussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestati. Item quae dari jussero, ea ut dentur fiantque fidei ejus committo.* Quaesitum est, si soror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur? Si hoc quaeratur, an jure eorum, quos quis

sibi ab intestato heredes bonorumve possessores futuros credat, fidei committi possit? respondi: posse. Paulus notat: probat autem, nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente". (Mühlenbruch S. 368 fgg.): vgl. l. 36. de leg. III. u. s. unten §. 527. Anm. 2.

Anm. 3. L. 8. §. 14. h. t.: „Meminisse autem oportebit, eum qui testamentum inofficiosum improbe dixit, et non obtinuit, id, quod in testamento accepit, perdere, et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur, quod testamento datum est, qui usque ad sententiam judicum lite improba perseveraverit".

c) Accretion und Succession bei der Querel. §. 480.

1) *Paul.* l. 17. pr. de inoff. test.: Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset, hic, si obtinuerit, utetur rei judicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, quum facerent intestatum, crediderint.

2) *Idem* l. 23. §. 2. eod.: Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea non constituit agere, pars ejus alteri accrescit. Idemque erit, etsi tempore exclusus sit.

3) *Idem* l. 31. pr. eod.: Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est, et placuit, posse, ut fiat successioni locus.

Anm. 1. Die Erörterungen in der ersten Anm. zum vorigen §en haben zu dem Ergebniß geführt, daß durch die querela inoff. test. nicht immer das ganze Testament infirmirt wird, sondern die Portionen derjenigen mit dem Querulanten konkurrirenden Intestaterben, welche entweder in abstracto gar kein Pflichttheilsrecht haben, oder doch in concreto wegen unwürdigen Betragens oder wegen Abfindung mit dem ihnen gebührenden Pflichttheil, davon ausgeschlossen sind, bei den Testamentserben bleiben. Daraus ergiebt sich von selbst die Sphäre des Anwachsungsrechts bei der Querel. Offenbar nämlich kann von Akkretion nur insoweit die Rede sein, als die rechtliche Möglichkeit zur Eröffnung der Intestatsuccession geht, und es müssen also diejenigen Intestaterben, über deren Erbtheil der Testator mit voller Wirksamkeit verfügt hat, aktiv und passiv davon ausgeschlossen sein, eben weil ein gesetzliches Erbrecht für sie gar nicht begründet ist. Hieraus ergeben sich von selbst folgende Sätze:

1) Nur die Portionen derjenigen können Gegenstand des Anwachsungsrechts sein, deren begründete Querel durch Verzicht, Verjährung oder Tod hinweggefallen ist. Die beiden ersten Gründe werden in T. 1. und 2. ausdrücklich genannt; aber es ist unzweifelhaft, daß auch der dritte hierher gehört, denn auch in diesem Falle war ja, eben so wie in den beiden andern, im Augenblick des Todes die rechtliche Möglichkeit zur Eröffnung der Intestatsuccession vollkommen begründet. — Wenn viele ältere (vgl. Mühlenbruch XXXV. S. 406. Not. 35), und auch noch manche neuere Juristen (z. B. Thibaut §. 969. und Wening 4. Aufl. §. 494, vgl. auch Mayer, Erbr. I. S. 214. Not. 13), umgekehrt den allgemeinen Satz aufstellen, daß Anwachsung überall dann Statt finde, wenn der Ausgeschlossene nicht queruliren wolle oder könne, und wenn sie in Folge dieses Satzes auch namentlich die Portion eines ex justa causa Ausgeschlossenen zum Gegenstande der Anwachsung machen: so konnte eine solche, durch keine gesetzliche Vorschrift begründete, Theorie wohl nur unter der zweifachen Voraussetzung entstehen, daß durch die Querel jedes einzelnen Ausgeschlossenen das ganze Testament infirmirt, und daß der ex justa causa Exheredirte auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen werde. Daß jedoch die erste Voraussetzung unrichtig ist, wurde oben nachgewiesen (§. 479. Anm. 1); und wäre sie richtig, so hätte man doch nicht zur Annahme eines Anwachsungsrechts kommen dürfen, sondern man hätte nothwendig mit Huschke (s. oben S. 315 fgg.) auch den wirksam Exheredirten zur Intestaterbfolge berufen müssen, denn unmöglich kann eine Exheredation zu Recht bestehen, wenn das ganze Testament infirmirt ist. Daß aber auch die unsrer Ueberzeugung nach irrige Ansicht von Huschke und Witte zu falschen Konsequenzen in Betreff des Anwachsungsrechts führt, leuchtet von selbst ein. Hiernach nämlich wird die Erbportion des Exheredatus, des mit dem Pflichttheil titulo singulari Abgefundenen, und des zur Anstellung der Querel gar nicht berechtigten Intestaterben, zwar nicht von vorne herein Gegenstand der Accretion für diejenigen, welche mit der Querel durchlangen, wohl aber kann dies nachher leicht der Fall werden, wenn der Exheredatus u. s. w. vor dem wirklichen Erwerb der ihnen deferirten Erbschaft aus irgend einem Grunde wegfallen, siehe auch Huschke a. a. O. S. 343 fgg. und Witte a. a. O. S. 286 fgg. Die richtige Ansicht geht aber vielmehr dahin, daß die Erbtheile der genannten Personen weder von Anfang an, noch ex post dem Querulanten accresciren können, sondern stets dem eingesetzten Erben verbleiben. — Diese richtige Ansicht wird auch von den meisten Neuern vertheidigt; vgl. namentlich auch Glück VII. S. 432 fgg., Francke S. 257 fgg. 270 fgg. 298 fgg. (Wie jedoch derselbe dennoch S. 271. a. E. behaupten kann „wir seien schwerlich berechtigt, anzunehmen, daß dem, welchem akkreszirt, vom Beklagten die Einrede, daß der Verzichtende verdienter Weise enterbt sei, aus dessen Person opponirt werden dürfe", ist schwer zu begreifen —) und Mühlenbruch XXXV. S. 393 fgg. 399 fgg. (dessen Gründe jedoch nicht durchaus, und namentlich nicht insofern gebilligt werden können, als er aus der gewiß irrigen Ansicht argumentirt, die Querel selbst sei Gegenstand des Anwachsungsrechts, vgl. dagegen auch *Pufendorf*, obss. tom. II. obs. 9. §. 9, Glück VII. S. 435, Baumeister, Anwachs.-R. S. 148 fgg., Francke S. 271,

Witte a. a. O. S. 290). — Uebrigens darf nicht bezweifelt werden, daß auch die Portion des Pflichttheilsberechtigten nicht akkreszirt, welcher mit seiner Querel besiegt ist, und wenn hier Manche, die im Uebrigen der richtigen Meinung folgen, doch entgegengesetzter Ansicht sind, vgl. z. B. Glück VII. S. 436, so beruht dies nur auf irriger Auslegung der l. 16. pr. eod., s. auch Francke S. 274 fgg. und Mühlenbruch S. 411 fgg.

2) Nur demjenigen kann möglicher Weise akkresziren, welcher ein in **abstracto** und **in concreto** begründetes Querelrecht hat. Dieser Satz ist auch von den bei weitem Meisten anerkannt, denn sowohl diejenigen, welche die Portion eines von der Querel Ausgeschlossenen zum Gegenstand der Anwachsung machen, als auch diejenigen, welche dieselbe bei den eingesetzten Erben verbleiben lassen, stimmen in dieser Annahme überein. Nur, wer mit Huschke annimmt, daß auch die von der Querel Ausgeschlossenen gemeinschaftlich mit dem siegreichen Querulanten zur Intestaterbfolge zugelassen seien, kommt natürlich zu dem Resultate, daß, wenn Einer von mehreren Querulanten wegfalle, dessen Portion auch den übrigen von der Querel ausgeschlossenen Intestaterben akkreszire. — Hält man den richtigen Grundsatz fest, so kann es nicht auffallen, daß ein Querelberechtigter nicht selten durch Akkretion mehr erhält, als er bei reiner Intestaterbfolge erhalten haben würde; so wie es aber auch umgekehrt vorkommen kann, daß er weniger erhält; denn gesetzt, es hat Jemand eine **persona turpis** und eine **pers. honesta** zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt, und seinen Vater und vollbürtigen Bruder ganz übergangen. Gebrauchen Beide die Querel, so bleibt die **pers. honesta** Testamentserbe zu ½, während die **pers. turpis** ganz ausgeschlossen wird. Dasselbe Verhältniß bleibt natürlich auch dann bestehen, wenn der Bruder auf die Querel verzichtet; während, wenn der Vater repudiirt, dem Bruder gewiß nicht die ganze Portion desselben akkreszirt, sondern nur der Theil, den derselbe von der instituirten **persona turpis** hätte abholen können.

3) Daß dann, wenn die Querel eines Pflichttheilsberechtigten in Folge eines irrthümlichen Erkenntnisses die Reszission des ganzen Testaments zur Folge gehabt hat, andre Grundsätze, als die bisher dargestellten, eintreten müssen, versteht sich nach dem oben Bemerkten von selbst. Da nämlich in einem solchen Falle die reine Intestatsuccession eröffnet wird, so müssen auch in Beziehung auf das Anwachsungsrecht ganz die bei der Intestaterbfolge eintretenden Grundsätze Platz greifen.

Anm. 2. Was die ***successio*** in **querelam inoff. test.** anbelangt, so ist so viel ausgemacht, daß sie die Befugniß nachstehender Pflichttheilsberechtigten ist, sobald der zunächst Berufene hinwegfällt, aus eignem Rechte das Testament als ein liebloses anzufechten, und ganz einerlei ist es hierbei, ob der zuerst Berufene hinwegfällt, weil er die Querel nicht anstellen will, oder weil er dies nicht kann. Ganz allgemein nämlich wird in l. 31. pr. h. t. die Frage: **an sequens admittatur, si is, qui admittitur ad accusationem, *nolit aut non possit accusare?*** dahin beantwortet, er könne zugelassen werden, **ut fiat successioni locus**, und in l. 14. eod. wird eine **successio** angenommen, wenn der nächstberufene Pflichttheilsberechtigte in dem Inoffiziositäts-Prozeß besiegt worden ist. Mag daher der zunächst zur Querel Berufene auf dieselbe verzichtet

haben, oder mag die Zeit der Anstellung unbenutzt vorübergegangen sein, oder mag er vor der Anstellung verstorben sein, oder mag er endlich auch die Uebergehung durch schlechtes Betragen verdient haben, immer findet die successio in querelam Statt, und der hierauf berufene Pflichttheilsberechtigte kann also nun, wenn er übergangen ist, die querela anstellen, vorausgesetzt natürlich, daß er, abgesehen von dem weggefallenen Berechtigten, auch in concreto der nächste Intestaterbe sein würde, und darum also würde z. B. einem vollbürtigen Bruder ein consanguineus nicht nachrücken können, wenn noch vollbürtige Neffen vorhanden sind. Diesen Grundsätzen nach ist also dem Testator die Pflicht auferlegt, auch wenn er den nächsten Erben rechtmäßig übergangen hat, die nachstehenden Pflichttheilsberechtigten zu bedenken, weil sonst diese allerdings das Testament als lieblos anzufechten befugt sein würden. Singulär erscheint dies allerdings, denn streng genommen müßte dem entfernteren Pflichttheilsberechtigten in der von ihm eröffneten Intestat-Succession, wenigstens dann, wenn wirklich das ganze Testament infirmirt wird, der Exheredatus entgegenstehen, aber man scheint für diesen Fall den Satz: exheredatus pro mortuo habetur in Anwendung gebracht zu haben. — Daß dann, wenn der zunächst Berufene mit seinem Pflichttheile bedacht ist, und deßhalb die Querel nicht anstellen kann, die successio in querelam wegfällt, versteht sich ungeachtet des allgemeinen Ausspruchs der l. 31. h. t. ganz von selbst, denn das Gegentheil würde offenbar zu wahren Absurditäten hinführen.

Ob übrigens bei dieser successio in querelam nur eine successio ordinum, oder auch eine successio graduum eintrete, ist bestritten, Glück VII. S. 380 fgg. und die dort Angeff. Nach allgemeinen Gründen muß man sich gewiß dahin erklären, daß, soweit bei der reinen Intestaterbfolge eine successio graduum Platz greife, dies auch bei der successio in querelam der Fall sein müsse, denn das leicht erkennbare Prinzip unsrer Lehre ist es, daß der entferntere Pflichttheils-Berechtigte überall dann bei dem Wegfallen des früheren nachrücke, wenn er in concreto der nächste Intestaterbe sei. Schwierigkeit macht hier nur die Justinianische l. 34. C. h. t., denn der Kaiser sagt da, er sei zu der hier eingeführten Transmission der Querel (s. oben S. 265 fg.) dadurch bewogen worden, weil sonst die Enkel ganz hülflos daständen. Hieraus folgert man nämlich, daß keine successio graduum gelten könne, weil sonst dem Enkel durch diese schon hinlänglich geholfen wäre. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Lehre helfen sich hier gewöhnlich durch die Behauptung, daß es zur Zeit dieses Gesetzes noch keine successio graduum in der Klasse Unde liberi gegeben habe, daß dies aber späterhin abgeschafft sei, und man also seitdem, wie in der Intestatsuccession, so auch bei der successio in querelam eine successio graduum annehmen müsse, vgl. z. B. Francke S. 283 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 475 fgg. und oben S. 29 fgg. Verwirft man aber die Voraussetzung, daß es in der Klasse Unde liberi keine successio graduum gegeben habe, so bleibt nur der mißliche Ausweg, entweder, daß man bei der l. 34. cit. an einen Fall denkt, in welchem die successio graduum darum ausgeschlossen ist, weil nicht alle zunächst zur Querel Berufenen hinweggefallen sind, oder, daß man für Descendenten eine, freilich fast unerklärliche, Abweichung der successio

in querelam von den Grundsätzen der Intestaterbfolge annimmt. Allerdings ist aber dieser Streit auch noch h. z. T. von unmittelbarer praktischer Bedeutung, denn wenn man auch der gewiß richtigen Ansicht folgt, daß seit der Nov. 115. Deszendenten und Aszendenten regelmäßig nicht mehr zur Anstellung der quer. inoff. test. befugt sind, so leidet dies doch gerade in den Fällen einer successio in querelam eine Ausnahme (s. unten §. 486).

d) Gründe des Wegfallens der Querel. §. 481.

Anm. Die an sich begründete Querel fällt, abgesehen von dem schon oben S. 265. besprochenen Falle, wenn der Pflichttheilsberechtigte verstirbt, ohne sie vorbereitet zu haben, noch ferner weg:

1) durch Verzicht, welcher übrigens, wenigstens nach römischem Rechte, bei Lebzeiten des Testators nicht wirksam erfolgen kann, l. 35. §. 1. C. h. t. Daß dieser Verzicht auch stillschweigend durch Handlungen geschehen kann, wodurch man das Testament als giltig anerkennt, versteht sich nach allgemeinen Prinzipien von selbst, und zwar gehört dahin nicht blos die freiwillige Annahme von Vermächtnissen, l. 5. pr. de his quae ut indign. (34, 9), l. 8. §. 10, l. 12. §. 1. h. t., sondern auch noch anderweite konkludente Fakta, l. 23. §. 1. h. t. — Ueber einige schwierige Gesetze hierbei, nämlich: a) L. 8. §. 10. h. t. *(Ulp.)*: „Si conditioni parere testator heredem jussit in persona filii vel alterius, qui eandem querelam movere potest, et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querela excludatur: agnovit enim judicium. Idem est, et si legatarius ei, vel statu liber dedit. Et potest dici, excludi eum, maxime si heredem ei jusserat dare; ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querelam non perimat legatarii oblatio? Cur ergo in herede absolute diximus? Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela. Ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam judicium moveatur, oblatio ei fiat ejus, quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur". b) L. 31. §. 2. h. t. *(Paul.)*: „Si heres extiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit, maxime si eam portionem non possideam, vel jure suo possideam". — c) L. 32. §. 1. h. t. *(Paul.)*: „Si legatario heres extiterit exheredatus, petieritque legatum, videbimus, an sit summovendus ab hac accusatione; certum est enim judicium defuncti, et rursus nihil ei ex testamento relictum, verum est; tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati", vgl. Glück VII. S. 478 fgg., Francke S. 320 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 441 fgg.

2) Durch Verjährung, nämlich durch Ablauf von fünf Jahren, l. 8. §. 17, l. 9. h. t., l. 16. 34. fin., l. 36. §. 2. C. h. t. Die Verjährung beginnt mit dem Augenblick der Erbschaftsantretung, l. 34. fin., l. 36. §. 2. C. h. t., und eine Eigenthümlichkeit dabei ist, daß ihr Lauf schon von selbst gehemmt wird, wo sonst bei Verjährung eine in integrum restitutio nöthig wäre, vgl. l. 8. §. 17. h. t., l. 16. C. h. t., l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest.

nec. non est (2, 41), Francke S. 313 fgg., Mühlenbruch S. 461 fgg., Demelius, Untersuchungen I. S. 30 fgg.

3) Endlich fällt die Querel auch dann hinweg, wenn dem Pflichttheilsberechtigten irgend ein andres Rechtsmittel zur Seite steht, §. 2. J. h. t.: „Ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad hereditatem venire possint. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt"; vgl. l. 4. C. de praeter. lib. (6, 28) und die Andeutungen in l. 8. §. 9. und §. 15. h. t. Ueber die Gründe dieser Subsidiarität s. Schneider, die allgem. subsid. Klagen des röm. Rechts S. 440 fgg., und über einige anscheinend widersprechende Stellen (l. 8. §. 12. h. t., l. 14. 16. C. eod. — *Paul.* rec. sent. IV. 5. 4), durch welche z. B. Bluntschli, Erbf. gegen den letzten Willen S. 158. zu der Ansicht bewogen worden ist, daß die Querel nur dann unanwendbar sei, wenn sie mit einem andern Rechtsmittel aus dem Notherbenrechte zusammentreffe, vgl. Mühlenbruch XXXV. S. 358 fgg. Not. 37. und Schneider a. a. O. S. 442 fgg.

2) Von der querela inofficiosae donationis s. dotis.

§. 482.

Cod. III. 29. de inofficiosis donationibus, III. 30. de inofficiosis dotibus. — *Lauterbach*, de donat. inoff. (in dissertt. acad. tom. II. no. 73), Glück VII. S. 156 fgg., Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtlichen Untersuchungen S. 158 fgg., Kritz, exeg. prakt. Abhh. No. 5, *Hille*, de immodicar. donationum querela. Marb. 1828, Francke S. 198 fgg., Mühlenbruch XXXVI. S. 38 fgg., Breidenbach im civ. Arch. XXVII. S. 338 fgg., XXVIII. S. 28 fgg., Arndts in Weiske's Rechtslex. VIII. S. 162 fgg.

Anm. Nicht selten mochte es vorkommen, daß das Pflichttheilsrecht durch Akte der Liberalität unter Lebenden umgangen wurde, und so bildete sich, um dies zu verhüten, durch kaiserliche Konstitutionen nach Analogie der querela inoff. test. (l. 1. 2. 4. 5. C. h. t., Vat. fr. §. 270) die h. z. T. s. g. ***querela inoff. donationis***, bei welcher also auch regelmäßig die Prinzipien jener Klage zur Anwendung kommen müssen, vgl. auch l. ult. C. h. t., obwohl sich schon von vorne herein nicht verkennen läßt, daß die wesentlich verschiedenen Verhältnisse bedeutende Abweichungen herbeiführen mußten. Was:

I. die Voraussetzungen dieser Querel anbelangt, so kann dieselbe

1) nur im Falle einer Schenkung unter Lebenden Statt finden. Davon allein reden die Gesetze, und es ist um so weniger statthaft, die Querel auch bei Schenkungen Todes halber zur Anwendung zu bringen, da dieselben in dieser Beziehung vielmehr, nicht anders wie in Betreff der Falzidischen Quart,

als Legate zu behandeln, und demnach, so weit sie den Pflichttheil verletzen, von selbst ungiltig sind, l. 17. de mort. causa donat. (39, 6), l. 5. C. ad leg. Falcid. (7, 50), l. 2. C. de mort. c. donat. (8, 57), Glück VII. S. 179 fgg., *Hille* l. c. p. 21 sqq., Franck S. 535 fgg., Mühlenbruch S. 138. — Bei onerosen Geschäften ist natürlich die Querel unanwendbar, so weit sie nicht als Schenkung zu betrachten sind, was namentlich bei absichtlich wohlfeilem Verkauf der Fall sein kann, arg. l. 39. de contr. emt., l. 5. §. 5. de don. int. vir. et uxor. Wenn Viele in solchen Fällen statt unsrer Querel eine actio Calvisiana und Faviana utilis annehmen, Glück S. 193. Not. 14, so ist dies jeden Falls ungehörig, Francke S. 540 fgg., Mühlenbruch S. 133 a. E. fgg., Mayer, Erbr. I. §. 110.

2) Die Schenkung muß eine pflichtwidrige (immodica, inofficiosa) sein. Bei der Frage aber, auf welche Zeit zu sehen sei, um zu bestimmen, ob die Schenkung eine Pflichttheils-Verletzung enthalte, müssen zwei Momente unterschieden werden. Vorzüglich entscheidet hier gewiß der Augenblick der Schenkung selbst, so daß dieselbe nicht als pflichtwidrig anzusehen ist, wenn nicht durch sie selbst, sondern durch eine spätere Verminderung des Vermögens, die Verletzung des Pflichttheils herbeigeführt wird. Darneben muß aber allerdings der Augenblick des Todes insofern in Betracht gezogen werden, als später eintretende Vermögens-Vermehrungen die frühere Verletzung aufheben.

a) Wenn der durch die Schenkung, für sich betrachtet, beeinträchtigte Notherbe aus dem Nachlasse dennoch so viel erhält, als ihm, mit Hinzurechnung der geschenkten Summe zu dem Vermögen des Testators, gebührt, so darf er sich nicht beschweren, gleichviel ob der Erblasser die früher zugefügte Verletzung durch testamentarische Disposition wieder vergütet, Nov. 92. c. 1. pr., oder ob sein Vermögenszustand sich verbessert hat; denn immer gebührt ihm die Legitima erst aus dem Nachlaß, und die frühere pflichtwidrige Schenkung giebt ihm nur das Recht, bei Bestimmung seines Pflichttheils den damaligen Vermögenszustand mit zu berücksichtigen. Doch versteht es sich, daß ihm auch von der nachherigen Vermehrung selbst der Pflichttheil gebührt, und hiernach ist die Berechnung bei Glück S. 97 fgg. zu berichtigen, welcher annimmt, wenn ein Vater von 5 Kindern, der 8000 Rthlr. im Vermögen habe, hiervon 5000 verschenke, und später wieder 1000 erwerbe, so hätten die Kinder gegen den Beschenkten keine Klage. Offenbar gehört ihnen vielmehr auch von diesen 1000 die Legitima, also im Ganzen von 9000, weßhalb sie von dem Beschenkten immer noch 500 zu fordern haben, Francke S. 510 fgg., Mühlenbruch S. 119 fgg., Arndts S. 167 fg.

b) Es kann aber auch eine Schenkung nur dann als inoffizios angefochten werden, wenn durch sie selbst, und nicht durch etwas von ihr Unabhängiges der Pflichttheil verletzt wird. Wird also das Vermögen des Schenkers später zufällig vermindert, so ist die Querel unanwendbar, und eben dies muß auch dann der Fall sein, wenn mehrere Schenkungen hinter einander gemacht sind, aber nur die letzteren eine Pflichttheils-Verletzung enthalten. Hier nämlich können jeden Falls nur diese letzteren angefochten werden, und es ist ganz offenbar falsch, hier alle Schenkungen pro rata zu reszindiren, denn die dafür

angeführte Analogie pflichtwidriger Vermächtnisse, wobei ja auch alle pro rata, und nicht etwa nur die zuletzt hinterlassenen verringert würden, entscheidet darum nicht, weil alle Vermächtnisse zu einer und derselben Zeit ihre Giltigkeit erhalten, wogegen die verschiedenen Schenkungen in den verschiedenen Momenten ihrer Errichtung zur Entstehung kommen, Francke S. 514, Mühlenbruch S. 120. Not. 50. — Es könnte aber in einem solchen Falle, wenn mehrere Schenkungen gemacht worden sind, zweifelhaft scheinen, ob man bei Bestimmung der Pflichtwidrigkeit alle Schenkungen zusammenrechnen, oder ob man jede einzelne für sich betrachten müsse. Gesetzt also, es schenkt ein Vater von 5 Kindern, welcher 8000 im Vermögen hat, zuerst 4000 hinweg, und später nochmals 2000, so würde, wenn man jede Schenkung einzeln betrachtet, keine als pflichtwidrig erscheinen; im umgekehrten Falle aber würde die ganze zweite Schenkung als inoffizios betrachtet werden müssen. Gewiß ist das Letztre das allein Richtige, denn es ist überhaupt Grundsatz, daß der Pflichttheil eben so wenig durch Liberalitäten unter Lebenden, als durch letztwillige Dispositionen entzogen werden darf, und gewiß ist es auch dieselbe Lieblosigkeit, wenn man durch mehrere Schenkungen sein Vermögen verschleudert, als wenn man es durch ein Geschäft auf einmal thut. Daß es dabei auch keinen Unterschied machen kann, ob die mehreren Schenkungen an eine Person, oder an verschiedene, ob sie gleichzeitig oder hinter einander gemacht sind, brauchte wohl kaum bemerkt zu werden, wenn nicht wirklich Manche dergleichen leere Distinktionen vorgebracht hätten. Mit diesem Resultate stimmen auch die Gesetze überein, in denen nicht selten die Querel gerade bei Erschöpfung des Vermögens durch mehrere Schenkungen als anwendbar erwähnt wird, cf. l. 1. 5. 6. 8. C. h. t., Nov. 92.

Ob aber der Pflichttheil zum Zweck der querela inoff. *donationis* eben so groß sei, wie zum Zweck der quer. inoff. *testam.*, ist in neuerer Zeit in Zweifel gezogen worden. Zimmern nämlich in seinen und Neustetel's röm.-rechtl. Unters. S. 75 fgg. stellt die Behauptung auf, daß für Deszendenten auch hier, je nach ihrer Zahl ⅓ oder ½ des Vermögens den Pflichttheil bilde, daß aber für Aszendenten und Geschwister noch die alte Quart bestehe, denn die Nov. 18. rede blos von letztwilligen Dispositionen, und erst Nov. 92. habe den Pflichttheil der Deszendenten auch in Beziehung auf Schenkungen auf ⅓ und resp. ½ erhöht. Da sie aber nicht auch von Aszendenten und Geschwistern spreche, so müsse es in Betreff dieser bei dem alten Rechte bleiben. — Es ist jedoch offenbar unnatürlich, bei derselben Person zwei verschiedene Pflichttheile anzunehmen, einen, welcher letztwillig, und einen andren, welcher durch Schenkungen unter Lebenden nicht lädirt werden dürfe, und es läßt sich dies um so weniger billigen, da die inoff. donat. querela gerade zu dem Ende eingeführt ist, damit der Erblasser den Pflichttheil, welchen er letztwillig nicht schmälern darf, auch durch Schenkungen unter Lebenden nicht verringern könne. Gewiß irrig ist es aber auch, daß Justinian erst in Nov. 92. sein früheres Gesetz über Erhöhung des Pflichttheils, auf inoffiziose Schenkungen ausgedehnt habe; sondern er setzt offenbar die Anwendung hierauf als sich von selbst verstehend voraus. Mit Recht haben sich daher auch alle Späteren gegen Zimmern erklärt, vgl. z. B.

außer den [illegible] noch Kritz a. a. [illegible] 0, *Hille* l. c. p. 60 sqq., Francke S. 502 fgg., Mühlenbruch S. 115 fgg., Arndts S. 166. Not. 397.

3) Daß, um mit der querela inoff. donat. zu siegen, der Beweis geführt werden müsse, der Schenker habe die Absicht gehabt, die Pflichttheilsberechtigten zu verkürzen, wird zwar von manchen Aeltern, und unter den Neuern besonders von Kritz a. a. O. S. 125 fgg., und Mühlenbruch a. a. O. S. 74 fgg. behauptet, aber doch wohl mit Unrecht. Daß die Analogie der querela inoff. *testamenti* und der actio suppletoria dieser Behauptung entgegensteht, ist nicht zu bezweifeln, denn hierbei ist anerkannter Weise nur erforderlich, daß der Pflichttheil durch die letztwillige Disposition wirklich verkürzt sei, und so sind z. B. jene Klagen unbedingt anwendbar, wenn der Testator, der etwa nur 300 Thaler im Vermögen hat, seinem Sachwalter, der ihn durch angestrengte Bemühungen einem schimpflichen Tode entriß, diese ganze Summe oder den größten Theil derselben durch letztwillige Verfügung zuwendet, und so den Pflichttheil seiner, vielleicht im Ueberfluß lebenden, Kinder verkürzte. Und mit demselben Rechte muß gewiß auch die querela inoff. *donationis* in einem solchen Falle begründet sein, wenn jene Zuwendung durch eine Schenkung geschah, obwohl Kritz und Mühlenbruch gerade dieses Beispiel anführen, um damit die Unnatürlichkeit unsrer Ansicht vor Augen zu legen. Die querela inoff. donat. ist hier nicht unnatürlicher, als dort die querela inoff. testamenti oder die actio suppletoria. — Doch führen die Gegner für ihre Ansicht theils den Namen *inofficiosa* donatio, theils die Analogie der a. Faviana und Calvisiana, theils und vorzüglich mehrere Gesetze an, in denen jene Voraussetzung begründet sein soll, l. 87. §. 3. de leg. II, l. 1, l. 8. pr. C. h. t., Vat. fragm. §. 270. Offenbar verdient nur das letztre Argument einige Beachtung, denn was den Namen anbelangt, so beweist ja das Beispiel des *testamentum* inofficiosum entscheidend genug, wie so wenig das Wort *inofficiosum* uns berechtigen könne, gerade die bösliche Absicht, den Pflichttheil zu verkürzen, als nothwendiges Requisit anzunehmen; und was die Analogie der actio Faviana und Calvisiana betrifft, so ist dieselbe völlig ungehörig, weil das patronatische Pflichttheilsrecht augenscheinlich ein ganz anderes Fundament hat. Es bleiben also nur die angeff. Gesetze übrig, in denen auch wirklich sehr bestimmt die Absicht, die querela inofficiosi testamenti zu umgehen, erwähnt wird. Bedenkt man aber, daß dies sämmtlich nur Reskripte sind, in denen die Merkmale des einzelnen, zur Entscheidung vorliegenden Falls angegeben sind, und erwägt man, wie die hier erwähnte betrügliche Absicht ohne Zweifel sehr häufig das Motiv einer donatio inoff. ist, so können auch diese Gesetze nicht als beweisend gelten, um so weniger, da in einer Reihe andrer Stellen von dieser angeblichen Voraussetzung der quer. inoff. donat. nicht die Rede ist, sondern nur die objektive Verletzung des Pflichttheils erwähnt wird, vgl. l. 2. 3. 4. 6. 7. C. h. t., Vat. fragm. §. 271. 280. 282. Vgl. auch Glück VII. S. 167. und die dort Angeff., *Hille* l. c. p. 27 sqq., Francke S. 503 fgg., Breidenbach S. 357 fgg., Arndts S. 165 fg., Sintenis, pr. Zivilr. III. S. 662. Not. 11.

4) Was die Subjekte der Querel anbelangt, so kann dieselbe nur gegen den Beschenkten oder dessen Erben angestellt werden, denn die nicht selten vor-

kommende Behauptung, daß sie auch gegen einen dritten Besitzer gerichtet werden könne, Glück VII. S. 176, Brinz, Pand. §. 203. S. 852. beruht auf der ganz irrigen Voraussetzung, daß sie eben so, wie die querela inoff. testam., eine qualifizirte Erbschaftsklage, also eine actio in rem sei, und würde selbst unter dieser Voraussetzung doch nicht gebilligt werden können, da ja auch die querela inoff. testam. in Betreff des Verklagten beschränkt ist, s. auch Francke S. 520 fgg., Mühlenbruch S. 70 fgg. — Berechtigt zur Anstellung der Klage sind natürlich alle die, welche auch die querela inoff. testamenti anzustellen befugt sind, in derselben Ordnung, und mit denselben Beschränkungen, so daß also namentlich undankbares Betragen die Querel ausschließt, und Geschwister nicht anders Gebrauch davon machen können, als wenn eine persona turpis beschenkt worden ist; denn diesen Letztren mit Puchta, Lehrb. §. 491. Not. c., dem auch Arndts S. 163. beistimmt, die Querel ganz zu versagen, verstößt doch wohl gegen den Geist der Gesetze, und hat entschieden die gemeine Meinung gegen sich. Nicht Wenige behaupten aber, auch dem Schenker selbst stehe die Querel wenigstens dann zu, wenn ihm Kinder nachgeboren würden, s. z. B. Francke S. 518 fgg., und gewiß muß man auch zugeben, daß die l. 5. C. h. t., worauf sich diese Ansicht stützt, nicht so interpretirt werden darf, wie dies z. B. von Donellus, comm. jur. civ. XIX. c. 11, Glück S. 167 fgg., Savigny, Syst. IV. S. 226 fg. not. c., Arndts S. 163. Not. 377. S. 169. u. A. m. geschieht, daß hier nämlich nur von der querela inoff. donat. der Postumi die Rede sei. Vielmehr ist hier offenbar dem Schenker selbst ein Rückforderungsrecht bis zum Belauf des Pflichttheils der nachgebornen Kinder eingeräumt („ad patrimonium *tuum* revertetur"), aber gewiß nicht die *querela inoff. donationis*, deren Voraussetzungen hier offenbar nicht vorhanden sind, sondern nur eine s. g. condictio ex lege, vgl. auch *Basil.* XLI. 4. 5. (tom. V. p. 479) und die Scholien dazu (p. 487 sqq., bei *Heimbach* IV. p. 157); Zimmern a. a. O. S. 71 fgg., *Hille* l. l. p. 32 sqq., Mühlenbruch S. 56 fgg., Schneider, subsid. Klagen S. 486 fgg., Breidenbach a. a. O. S. 37 fgg. Die Einführung dieses jus singulare rechtfertigt sich um so eher, als in einem solchen Falle den nachgebornen Kindern selbst keine querela inoff. donat. zugestanden werden darf, was sich von selbst aus dem vorher angedeuteten Prinzip ergiebt, daß eine Schenkung nur dann als pflichtwidrig angesehen werden kann, wenn sie schon im Augenblick der Schenkung eine Pflichttheilsverletzung enthält. A. M. sind freilich die Meisten, aber gegen alle Konsequenz, vgl. auch *Hille* l. l. p. 35 sqq., Mühlenbruch S. 69 fgg.

II. Da, wie schon oben bemerkt wurde, die querela inoff. donationis nach dem Vorbild der quer. inoff. testamenti eingeführt wurde, so versteht es sich von selbst, daß, soweit keine besondren Gründe entgegenstehen, bei derselben ganz die Eigenthümlichkeiten der letztren Klage in Anwendung zu bringen sind, vgl. auch l. ult. C. h. t., wie namentlich die kurze Verjährungszeit, die Subsidiarität u. s. w. Ob aber, wie durch die querela inoff. testamenti regelmäßig das ganze Testament, so durch die querela inoff. donationis die ganze Schenkung reszindirt werde, ist ausnehmend bestritten. Schon die Glosse vertheidigt die auch noch h. z. T. vorherrschende Meinung, daß nur der Pflichttheil ergänzt

werde, vgl. z. B. Glück VII. S. 158 fgg., Fritz a. a. O. S. 111 fgg., Francke S. 521 fgg.. Mühlenbruch a. a. O. S. 97 fgg. — Wening, Lehrb. §. 496, Thibaut, Syst. §. 536, *Warnkoenig*, comm. jur. civ. T. III. §. 113, Puchta, Lehrb. §. 491, Mayer, Erbr. I. §. 108, Arndts S. 164 fg., Sintenis III. §. 200. Not. 14, Keller §. 518, Bering S. 414, Tewes §. 136. S. 464, (zweifelnd) Brinz §. 203. S. 852. Andre dagegen behaupten gerade das Gegentheil, vgl. unter den Aelteren bes. *Faber*, conj. III. 17. und *Thomasius*, de legitima viventis c. 3, und unter den Neueren Zimmern in der angef. Abh. und *Hille* l. l. p. 41 sqq., und wieder Andere endlich wollen auf mannigfache Weise unterscheiden, indem es bald darauf ankommen soll, ob einem Fremden geschenkt sei, oder einem Intestaterben, bald, ob das ganze Vermögen, oder nur ein Theil desselben Gegenstand der Schenkung sei, bald, ob die Schenkung in böslicher Absicht vorgenommen sei, oder nicht, vgl. z. B. Schweppe, Lehrb. §. 974, Mejer in Schweppe's Handb. §. 971, Mackeldey §. 427, Breidenbach in der angef. Abh. (wo sich auch S. 339 fgg. eine ausführlichere Uebersicht der verschiedenen Meinungen findet). — Gewiß sind alle diese Distinktionen zu verwerfen, weil sie in unsren Quellen auch nicht im Entferntesten begründet sind, und unter den beiden sich gerade gegenüberstehenden Meinungen muß man jedenfalls der herrschenden den Vorzug geben, wonach also die Querel immer nur zur Ergänzung des Pflichttheils gebraucht werden kann. Zwar sind manche Stellen, worauf sich die Anhänger dieser Meinung zu berufen pflegen, nicht beweisend, wie namentlich l. 1. 6. C. h. t., indem dieselben nicht nothwendig von den Wirkungen der Klage zu verstehen sind, sondern recht wohl auch auf den Grund derselben bezogen werden können, also auf die Befugniß zu klagen, weil dem Kläger der ihm gebührende Pflichttheil nicht hinterlassen sei, und eben so kann diese Ansicht auch nicht auf l. 5. C. h. t. gestützt werden, weil hier gar nicht von der quer. inoff. donat. die Rede ist (s. S. 280). Indessen wird in andren Stellen sehr deutlich die Richtigkeit dieser Meinung anerkannt, namentlich 1) in l. 2. C. h. t.: „Wenn Jemand einem seiner Kinder das ganze Vermögen zuwendet, so ist dasselbe entweder noch in der väterlichen Gewalt, und dann wird der arbiter familiae herciscundae dafür sorgen, daß das andre „quartam partem debitae ab intestato portionis“ unversehrt erhalte; oder dasselbe ist emanzipirt, und dann wird der praeses provinciae nach Analogie der querela inoff. testamenti ein auxilium aequitatis gewähren“. Der erste Theil dieses Reskripts redet allerdings nicht von der querela inoff. donat., sondern es wird da nur der Rechtssatz ausgesprochen, daß die an sich ungiltige Schenkung des Hausvaters an das Hauskind durch den Tod des Erstren nur soweit konvaleszire, als es das Pflichttheilsrecht gestatte, vgl. Vat. fragm. §. 281. Wenn also hiernach auch in den beiden Fällen dieses Reskripts verschiedene Rechtsmittel angedeutet werden, so ist doch offenbar die Wirkung bei beiden dieselbe, weil sonst in dem zweiten Falle nothwendig eine Abweichung bemerkt sein müßte, und weil es überdies nicht wohl glaublich ist, daß eine an sich ungiltige Schenkung zu größerem Theile erhalten werden sollte, als eine an sich völlig giltige, gegen welche nur ein auxilium aequitatis eingeräumt wird. — 2) L. 7. C. h. t.: „Wenn eine Mutter ihr Vermögen so ungleich an ihre

beiden Söhne verschenkt hat, daß der Eine dadurch nicht einmal seinen Pflichttheil erhielt, so soll *„quod immoderate gestum est"* revozirt werden; also gewiß nicht die ganze Schenkung, sondern nur, insoweit sie inoffiziös ist, vgl. Vat. fragm. §. 280. — 3) Ganz entscheidend für die richtige Meinung ist l. 8. C. h. t., denn hiernach „quod donatum est, *pro ratione quartae* ad **instar** inofficiosi testamenti convicti deminuetur". Die Auslegung von Zimmern S. 74. und Hille S. 56, die Querel werde „mit Rücksicht auf die entzogene Quart" gestattet, s. auch Breidenbach S. 40 fgg., ist grammatisch unmöglich. — 4) Nicht weniger beweisend ist l. un. C. de inoff. dotib., wo die Folge der querela inoff. dotis so dargestellt wird, „ut conquerentibus *emolumenta debita deferantur*". Diese Worte mit Zimmern S. 74 fgg. von der Intestatportion zu verstehen, ist eben so unzulässig, als die Erklärung von *Hille* p. 56 sqq., wonach hier an einen Fall zu denken sei, in welchem die Mutter, ehe sie Kinder hatte, ihr ganzes Vermögen zur dos bestellte; hier nämlich werde den nachher gebornen Kindern nicht die querela inoff. dotis, sondern dieselbe Billigkeitsklage auf den Pflichttheil eingeräumt, welche in l. 5. C. de inoff. donat. dem Schenker selbst gegeben werde (S. 280). Abgesehen von innern Gründen braucht dagegen wohl nur angeführt zu werden, daß dieses Gesetz das einzige in dem Titel *de inofficiosis dotibus* ist. — Endlich ist in Nov. 92. c. 1. mit klaren Worten vorgeschrieben, es sollten die übermäßig beschenkten Geschwister den Uebrigen den Pflichttheil ergänzen, „ut non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur".

Gegen die hier vertheidigte Meinung beruft man sich aber vorzüglich auf l. 87. §. 3. de legat. II. und auf l. 4. C. de contr. emt. (4, 38). Man muß zugeben, daß die erste Stelle am natürlichsten so verstanden wird, daß der Kaiser die Reszission der Schenkung für den ganzen Intestaterbtheil des verletzten Notherben gestattet habe, denn mit der Glosse ad h. l. und manchen späteren Schriftstellern die dort erwähnte dimidia pars von einer pars dimidia quartae partis bonorum zu verstehen, ist trotz des ähnlichen Ausdrucks in l. 7. C. h. t. doch offenbar willkürlich. Aber man muß bedenken, daß wir in dieser Stelle, in welcher allein in den Pandekten von einer inoffiziosen Schenkung die Rede ist, das Reszissionsrecht solcher Schenkungen in seinem ersten Anfang erblicken, und daß ein späterer Wechsel der Theorie bei völliger Ausbildung der querela inoff. donationis leicht erklärlich ist. — Ganz unbeweisend ist endlich auch l. 4. cit., welches Reskript uns jetzt vollständiger aus Vat. fragm. §. 293. bekannt ist; denn die gegnerische Meinung würde nur dann dadurch unterstützt werden können, wenn hier gesagt wäre, daß der Kauf über alles Geschenkte abgeschlossen, und daß der Preis dem Werthe des ganzen angemessen gewesen sei. Aber keins von Beiden geht aus der Stelle hervor, und so kann dieselbe offenbar nicht gegen eine Reihe andrer klarer Gesetze angeführt werden.

3) Von der actio ad supplendam legitimam. §. 483.

Justinian. l. 30. C. de inoff. test.: Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem

subvertendae eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat, ut, sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id, quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, quum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare, et hujusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. (§. 1.) Sin vero praeterierint aliquam eorum personam jam natam, vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione, vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera jura locum habere sancimus nullam ex praesente promulgatione novationem acceptura.

Vgl. Glück VII. S. 142 fgg., *de Schweidnitz,* comm. de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur. Goett. 1819, Francke S. 328 fgg., Mühlenbruch XXVI. S. 1 fgg., Arndts a. a. O. S. 138 fgg.

Abschnitt III.

Von dem Notherbenrechte nach Nov. 115.

Heumann, über das neueste Notherbenrecht nach Nov. 115; in Gieß. Zeitschr. XVII. S. 161 fgg., Schmidt, form. Notherbenr. S. 151 fgg.

[illegible] § [illegible]

[illegible]

[illegible] parentes [illegible] liberis [illegible] praeteritionis et exheredationis auferre.

[illegible] Testament, und eben so [illegible] zu Erben einsetzen, wenn nicht ein [illegible] ist. Im Einzelnen kommt es hierbei auf folgende [illegible]:

I. [illegible] geschehen müsse, ist in der Novelle nicht näher [illegible], indem sich da nur die eine Bestimmung findet, daß auch auf eine res certa [illegible] werden dürfe. Für sui und emancipati müssen nun gewiß die eben (§. [illegible].) aufgestellten Grundsätze auch noch nach der Nov. 115. in Anwendung kommen (s. unten §. [illegible].). Für anderweite Descendenten aber, und [illegible] können bei dem Schweigen der Nov. 115. nur die allgemeinen Grundsätze entscheiden, und namentlich muß danach auch beurtheilt werden, was im Falle einer bedingten Erbeinsetzung eintrete? Eine Potestativ-Bedingung kann jeden Falls giltig angeordnet werden, während eine zufällige und eine gemischte für nicht zugefügt gelten, denn dafür, daß die Zufügung einer

solchen Bedingung hier, wie bei sui, die ganze Erbeinsetzung vernichte, wie z. B. Francke S. 385, Arndts S. 143 fgg., Sintenis III. S. 618. Anm. anzunehmen, giebt es keinen gesetzlichen Grund, und eben so ist es doch auch auf der andren Seite unzweifelhaft, daß eine derartige Bedingung nicht ihre gewöhnlichen Wirkungen äußern kann, vgl. auch Mühlenbruch XXXVII. S. 213 fgg., XLI. S. 184 fgg., Heymann a. a. O. S. 232 fgg., Schmidt S. 160. Allgemein muß aber freilich dann, wenn ein Enterbungsgrund beigefügt ist, eine bedingte Erbeinsetzung als zulässig betrachtet werden, s. unten III. — Nicht ganz dasselbe kann angenommen werden, wenn ein Notherbe blos substituirt, nicht auch instituirt ist. Wollte man nämlich die Substitution mit Mühlenbruch a. a. O. S. 219 blos wie eine bedingte Institution ansehen, so käme man durch Wegwerfung der Bedingung offenbar nicht, wie Mühlenbruch annimmt, zu dem Resultate, daß die instituti ausgeschlossen, und der substituirte Notherbe der nächste Erbe würde, sondern vielmehr dahin, daß der substituirte Notherbe neben den instituirten Erben zur Erbfolge gerufen würde. Man darf aber gar nicht die Substitution in allen Beziehungen wie eine einfache bedingte Erbeinsetzung betrachten, sondern die römische Ansicht ist vielmehr, daß jeder einzelne Grad des Testaments eine die ganze Erbschaft erschöpfende Disposition, gleichsam ein besondres Testament ist, und daraus resultirt dann ganz von selbst auch für das Recht der Nov. 115. der Satz, daß die Präterition vom ersten Grade diesen Grad aufhebt, und der substituirte Notherbe, zusammen mit den anderweiten Erben des zweiten Grads, als institutus zur Erbfolge kommt, Francke S. 397, Heymann S. 239 fg., Arndts S. 144.

II. Was die einzelnen Enterbungsgründe anbelangt (vgl. darüber außer den Lehrbb. noch Glück VII. S. 209 fgg., Francke S. 404 fgg., v. Buchholtz, jurist. Abh. S. 128 fgg., Mühlenbruch XXXVII. S. 140 fgg., Arndts im Rechtslex. III. S. 895 fgg.), so führt Justinian in Nov. 115. c. 3. die Ursachen an, aus denen Aszendenten ihre Deszendenten, und in cap. 4. diejenigen, aus welchen Deszendenten ihre Aszendenten ausschließen dürfen. Bei der folgenden Darstellung soll ganz die gesetzliche Ordnung befolgt werden.

A. Aszendenten können ihre Deszendenten aus vierzehn Gründen ausschließen, wobei jedoch hervorzuheben ist, daß nicht alle Gründe sich gleichmäßig auf männliche und weibliche Deszendenten erstrecken, sondern einige auf Söhne (unter denen natürlich auch Enkel u. s. w. verstanden werden), andre auf Töchter (Enkelinnen u. s. w.) zu beschränken sind. Die einzelnen Gründe sind folgende:

1) Thätliche Beleidigung.

2) Anderweite schwere und ungeziemende Injurie.

3) Kriminalanklage, ausgenommen die wegen Hochverraths. Da bei den Römern Frauen regelmäßig zu solchen Anklagen nicht zugelassen wurden, auch nicht per procuratorem, wie v. Buchholtz irrig annimmt, so beschränkt sich dieser Grund der Regel nach von selbst auf männliche Deszendenten. Da jedoch der Kaiser dieselben nicht besonders hervorhebt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß in den einzelnen Fällen, in welchen auch Frauen zu einer Anklage zugelassen werden, auch Töchter aus diesem Grunde enterbt werden können.

4) „Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur". Im Original steht φαρμακός, was Haloander und Hombergk mit veneficus übertragen. Gewiß sind aber unter diesem Ausdruck sowohl die venefici als die malefici zu verstehen, also Giftmischer und Zauberer und zwar letztre namentlich, insofern sie sich mit Bereitung von magisch wirkenden Mitteln (Liebestränken u. dgl.) abgeben, Mühlenbruch S. 145 fgg. — Wenn übrigens Viele diesen Grund blos auf Söhne beschränken, so ist dies ganz grundlos, da der Ausdruck φαρμακός gleich gut auf beide Geschlechter geht.

5) Wenn Kinder dem Leben ihrer Eltern nachstellen.

6) Wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter oder der Konkubine seines Vaters Unzucht treibt. Daß auch der Fall hierher gehöre, wenn die Tochter mit ihrem Stiefvater konkumbire, wie z. B. noch Francke S. 414 will, ist gegen die Grundsätze einer strikten Interpretation, die hier offenbar in Anwendung zu bringen sind, v. Buchholtz S. 131, Mühlenbruch S. 147. Da übrigens der römische Konkubinat bei uns weggefallen ist, so erscheint es als Willkür, für das heutige Recht statt der römischen Konkubine die Maitresse des Vaters hierher zu ziehen.

7) Wenn der Sohn durch chikanöse Denunziation dem Aszendenten großen Schaden verursacht. Daß hier falsche, chikanöse Angaben vom Kaiser gemeint sind, geht zwar nicht aus der Vulg. („si delator contra parentes filius extiterit"), wohl aber aus dem griechischen Original hervor; denn der da gebrauchte Ausdruck συκοφάντης bedeutet nur den *calumniator*, wie auch Julian und Haloander richtig übertragen, während freilich Hombergk der Vulg. folgt, vgl. Marezoll in v. Löhr's Magaz. IV. S. 392, Mühlenbruch S. 149 fgg.

8) Wenn der Aszendent sich im Gefängniß befand, und der männliche Deszendent auf seine Aufforderung sich weigert, für die Person oder die etwaige Schuld desselben sich zu verbürgen, obwohl er dazu im Stande war. Dieser Grund bezieht sich aber nicht auf alle männlichen Deszendenten, sondern nur auf diejenigen, „qui possunt ab intestato ad ejus successionem venire". Da diese Worte doch gewiß nicht als ganz überflüssig angesehen werden können, so muß man annehmen, der Kaiser habe damit diejenigen Deszendenten ausnehmen wollen, welche zur Zeit der Aufforderung noch nicht die nächsten zur Succession waren, wie Enkel von einem damals noch lebenden Sohne, v. Buchholtz S. 133, Mühlenbruch S. 150 fgg.

9) Wenn der Deszendent überführt wird, den Aszendenten an der Errichtung eines Testaments gehindert zu haben.

10) Wenn der Sohn sich zu den Thierkämpfern oder Mimen begiebt, und auch bei dieser Lebensweise wider den Willen der Eltern verharrt, sofern nicht etwa die Eltern selbst ein solches Gewerbe treiben.

11) Der eilfte Enterbungsgrund ist wohl nach dem wahren Sinne des sehr schlecht konzipirten Gesetzes so auszudrücken: eine minderjährige Tochter kann stets enterbt werden, wenn sie sich einem unkeuschen Lebenswandel ergiebt, oder wider den Willen der Eltern heirathet; bei einer großjährigen Tochter kann aber eine Enterbung unter diesen Voraussetzungen nur dann Statt finden, wenn sie

Gelegenheit zu einer anständigen Heirath hatte, und diese verabsäumte. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Glück S. 236 fgg., Francke S. 407 fgg., Mühlenbruch S. 153 fgg.

12) Wenn der Deszendent dem wahnsinnigen Aszendenten nicht die gehörige Pflege widmet.

13) Wenn der, wenigstens 18jährige, Deszendent sich nicht bemüht, den in der Gefangenschaft seienden Aszendenten loszukaufen.

14) Wenn der Deszendent orthodoxer Eltern von dem wahren Kirchenglauben abfällt. Wegen der heutigen Rechtsansichten über Ketzerei kann dieser Grund keine Anwendung mehr finden.

B. Deszendenten können ihre Aszendenten aus acht Gründen ausschließen, und zwar sind dies folgende:

1) Wenn Eltern ihre Kinder auf irgend eine Art, also nicht blos durch eigentliche Anklage, einer Kapitaluntersuchung überliefern, mit Ausnahme des Hochverraths.

2) Wenn sie den Kindern auf irgend eine Art nach dem Leben trachteten.

3) Wenn der Vater mit der Frau seines Sohnes konkumbirt. Da hier im griech. Texte blos von der Frau „τοῦ οἰκείου παιδός" die Rede ist, so wollen viele Neueren nach dem Vorgange v. Buchholtz S. 141 diese Bestimmung auf den Haussohn beschränken, aber gewiß gegen den Sprachgebrauch Justinian's, vgl. Schneider in Gieß. Zeitschr. XII. S. 369 fgg.

4) Wenn Eltern das Kind an der Errichtung eines Testaments verhindern.

5) Wenn ein Aszendent seinen Ehegatten (mag es ebenfalls ein leiblicher Aszendent des Testators, oder Stiefvater oder Stiefmutter desselben sein) durch Gift des Lebens oder Verstandes zu berauben suchte, oder ihm sonst nach dem Leben strebte.

6) Wenn die Eltern sich ihres wahnsinnigen Kindes nicht annehmen.

7) Wenn Eltern das in feindlicher Gefangenschaft befindliche Kind nicht loszukaufen bemüht sind.

8) Wenn Eltern vom wahren christlichen Glauben abfallen. —

Der Aufzählung dieser einzelnen Enterbungsgründe schickt Justinian die Bemerkung voraus: Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero cum essent dignae, praetermissae sunt: ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, *ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.* Aus diesen Worten leitet man nun sehr gewöhnlich (über die Literatur dieser Streitfrage vgl. Glück VII. S. 148 fgg., Mühlenbruch S. 176 fgg.) den Satz ab, daß der Kaiser hier schlechthin die Anwendung der Analogie ausgeschlossen, und vorgeschrieben habe, daß man durchaus bei dem Wortverstand der einzelnen Fälle stehen bleiben müsse. Offenbar aber sagen diese Worte nur, daß fernerhin ein Enterbungsgrund aus keinem andren Gesetze, als eben aus dieser Novelle entlehnt werden dürfe; daß aber bei dieser Novelle andere Auslegungsregeln gelten sollten, als sonst, wird dort

auch nicht im Mindesten angedeutet. Doch aber ist jene Behauptung nicht ganz grundlos. Aus der ganzen Tendenz des Gesetzes nämlich, und insbesondere daraus, daß der Kaiser, wie er selbst sagt, *nominatim* die einzelnen Ursachen anführt, geht mit Entschiedenheit hervor, daß die allgemeine ratio derselben (Undankbarkeit gegen den Erblasser und schlechter verächtlicher Lebenswandel) nicht zur Aufstellung neuer Enterbungsgründe benutzt, daß also die Zahl der im Gesetz aufgeführten nicht vermehrt werden darf. Keineswegs aber ist damit auch die analoge Ausdehnung eines einzelnen im Gesetz genannten Enterbungsgrundes ausgeschlossen, sondern dieser muß allgemeinen Regeln nach unbedingt gestattet werden, und so ist es wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß der 6te Enterbungsgrund des cap. 3. auch auf den Fall zu beziehen ist, wenn der Sohn mit seiner leiblichen Mutter Blutschande treibt, daß der achte auch den Fall begreift, wenn der Aszendent auf das Anstiften des Sohnes ins Schuldgefängniß kommt u. dgl. m.

Noch müssen in Betreff dieser Enterbungsgründe einige Punkte besonders hervorgehoben werden:

1) Zunächst fragt sich, ob ein Enterbungsgrund, wenn er auch nur Einen der Aszendenten oder Deszendenten berührt, dennoch auch einem Andren einen gerechten Grund zur Ausschließung gewähre? Kann also z. B. die Mutter den Sohn exherediren, wenn dieser den Vater beleidigte, oder kann die Tochter den Vater ausschließen, wenn dieser mit der Schwiegertochter konkumbirte u. dgl.? Den Worten und dem Geiste der Novelle nach muß man sich doch wohl dagegen erklären, und also nur demjenigen Aszendenten oder Deszendenten die Exheredation erlauben, in dessen eigner Person der fragliche Enterbungsgrund wirklich eingetreten ist; v. Buchholtz a. a. O. S. 144 fgg., Mühlenbruch S. 171 fgg., Arndts S. 897 fg.; s. jedoch auch Schmidt S. 164.

2) Daß der Testator auf einen Enterbungsgrund nicht mehr rekurriren kann, wegen dessen er dem Notherben vollständig verziehen hat, wird ganz allgemein (s. jedoch jetzt Schmidt S. 166), und gewiß mit Recht, angenommen, denn es versteht sich, daß der Enterbungsgrund im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein muß. Ob aber nachherige Verzeihung die giltig ausgesprochene Enterbung wieder vernichte, ist ausnehmend bestritten (über die Literatur s. Glück S. 217 fgg., Mühlenbruch S. 186. Not. 68), und namentlich sind auch noch die beiden neuesten Schriftsteller über Notherbenrecht verschiedener Meinung; denn während Francke S. 414 fgg. die Vernichtung annimmt, wird dieselbe von Mühlenbruch S. 185 fgg. in Abrede gestellt. Gewiß ist die letztre Meinung die konsequentere. Ganz abgesehen davon, daß die Nichtaufhebung des Testaments die Ernstlichkeit der Verzeihung bezweifeln läßt, würde ja auch, wenn man der gegnerischen Ansicht folgen wollte, die Aufhebung eines giltig errichteten Testaments durch den blosen Willen des Testators erfolgen, was bekannten Grundsätzen nach nicht geschehen darf.

3) Nach ausdrücklicher Bestimmung Justinian's muß die Wahrheit des in dem Testamente angeführten Enterbungsgrundes von dem eingesetzten Erben bewiesen werden, cap. 3. geg. E.: „— — et scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint“, cap. 4. §. 8.

III. Wie über die Formen der Einsetzung, so ist auch über etwaige Formen der Ausschließung nichts in der Nov. 115. verordnet worden, mit Ausnahme der einen Bestimmung, daß stets der Ausschließungsgrund von dem Testator angegeben werden muß, Nov. 115. c. 3. pr. und §. 14. geg. E., c. 4. pr. §. 8. Abgesehen hiervon bleibt es also ganz bei dem alten Rechte, d. h. sui und emancipati müssen auch noch nach der Nov. 115. ganz so exheredirt werden, wie dies im früheren Rechte angeordnet war (s. darüber noch unten §. 486) also nominatim, ab omnibus gradibus u. s. w. (§. 470). Andre Deszendenten aber und Aszendenten haben auf förmliche Ausschließung irgend einer Art gar keinen Anspruch, sondern, wenn nur irgend einer der gesetzlichen Ausschließungsgründe angegeben ist, so schadet auch die blose Präterition der Giltigkeit des Testaments nicht. So kann also z. B. eine Mutter, welche Kinder hat, vollkommen giltig so testiren: mein Vetter Titius soll mein Erbe sein, weil er der einzige unter meinen Verwandten ist, welcher mich nicht thätlich beleidigt hat, und ähnliche Fälle mehr. Von selbst versteht es sich hiernach auch, daß solche Personen, da sie auf eine förmliche Ausschließung irgend einer Art keinen Anspruch haben, auch unter einer beliebigen Bedingung exheredirt, und eben so auch unter einer Bedingung instituirt werden können, vorausgesetzt natürlich, daß dabei einer der gesetzlichen Enterbungsgründe vom Testator erwähnt worden ist. Denn da unter dieser Voraussetzung eine völlige ganz formlose Ausschließung möglich ist, so muß natürlich auch eine bedingte Ausschließung oder bedingte Bedenkung Statt finden können; m. a. W. durch die Anführung eines der gesetzlichen Enterbungsgründe hat sich der Testator in Betreff derjenigen Notherben, welche auf förmliche Exheredation keinen Anspruch haben, ganz freie Hand gemacht, so daß er in Beziehung auf sie jede beliebige Disposition mit demselben Effekte treffen kann, wie wenn es keine Notherben wären. — Vergleichen wir mit dieser Darstellung die Ausführungen der beiden neuesten Schriftsteller über Notherbenrecht, so geht Francke S. 397 fgg. von der gewiß irrigen Ansicht aus, daß durch die Novelle 115 die alten Exheredations-Vorschriften auch bei den Sui und Emanzipati absorbirt seien (s. darüber unten §. 486). Doch aber seien bedingte Enterbungen nicht ohne Weiteres zuzulassen, „weil, wenn die Bedingung nicht eintrete, der Notherbe als gänzlich präterirt dastehen würde". Man müsse vielmehr im Falle einer bedingten Enterbung unterscheiden, ob die Bedingung bei Lebzeiten des Testators eingetreten sei, und dann müsse der Notherbe als giltig exheredirt angesehen werden, oder ob sie im Augenblicke des Todes des Testators noch schwebe, und dann müsse freilich der Notherbe als präterirt behandelt werden, wenn er nicht etwa auf den entgegengesetzten Fall zum Erben eingesetzt sei. — Diese ganze Deduktion fällt aber von selbst zusammen, wenn man erwägt, daß ja die Novelle gar keine Exheredation der Notherben vorschreibt, sondern daß auch die Präterition derselben vollkommen gestattet ist, wenn nur ein Enterbungsgrund angeführt ist. Unmöglich kann also der an sich wahre Satz, daß im Falle die Bedingung nicht eintrete, der Notherbe als gänzlich präterirt dastehen würde, hier irgend entscheidend sein. — Mit Recht erklärt sich daher auch Mühlenbruch a. a. O. S. 222 fgg. gegen Francke, ohne daß man jedoch seiner Ausführung völlig beistimmen könnte. Nachdem er nämlich bemerkt hat, daß allerdings auch noch

nach Nov. 115. die früheren Exheredationsformen bei sui und emancipati in Anwendung zu bringen, daß aber dieselben nicht auch auf die anderweiten Nothserben der Novelle auszudehnen seien, indem man vielmehr als die leitende Idee des Gesetzgebers annehmen müsse: „wo früher eine Präterition möglich gewesen sei, da genüge jetzt das Anführen eines gesetzlichen Enterbungsgrundes, ohne daß die Beobachtung der nur auf die exheredatio gehenden juristischen Regeln nöthig sei"; nachdem also Mühlenbruch diese gewiß richtigen Sätze vorausgeschickt hat, fährt er wörtlich so fort: „Darum ist denn auch die Ausschliessung dieser Notherben unter einer Bedingung nicht unzulässig, d. h. es kann ein Enterbungsgrund bedingungsweise ausgedrückt werden", und für diesen Fall, also für die bedingungsweise Zufügung eines Enterbungsgrunds, stellt er dann ganz dieselben Regeln auf, welche nach unsrer vorigen Darstellung Francke für jede bedingte Exheredation nach Nov. 115. annimmt. — Auf unsre eigentliche Frage: ob adjecta causa auch eine bedingte Ausschließung zulässig sei? läßt sich also Mühlenbruch gar nicht ein, sondern merkwürdiger Weise betrachtet er die beiden so heterogenen Fragen, ob die Ausschließung eines Notherben unter einer Bedingung nach Nov. 115. zulässig sei? und: ob ein Enterbungsgrund bedingungsweise ausgedrückt werden könne? als identisch, und beschränkt seine Ausführung blos auf die Bejahung der letztren. Man muß sich aber mit Bestimmtheit dagegen erklären; denn so gewiß die erste Frage nach unsrer obigen Ausführung zu bejahen ist, und so gewiß auch Mühlenbruch nach seinen so richtig aufgestellten Prämissen sie bejahen muß; eben so gewiß ist meiner Ueberzeugung nach die zweite Frage zu verneinen, denn es bedarf nur einer flüchtigen Ansicht der Nov. 115, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß hier Justinian schlechthin nur an Gründe denkt, die schon zur Zeit der Testamentserrichtung (nicht des Todes wie Viele, m. E. mit Unrecht annehmen, z. B. Mayer I. S. 282. Anm. 8, Buchholtz in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 353, Arndts S. 147, Sintenis §. 195. Anm. 2. geg. E., Schmidt S. 165) vorhanden sind, nicht aber an solche, die sich späterhin noch möglicher Weise ereignen können, und gegen dieses völlig klare Interpretations-Resultat dürfen sicher nicht die Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe angeführt werden, auf welche Mühlenbruch S. 232. Not. aufmerksam macht; vgl. auch Heumann S. 247 fgg. Demgemäß muß denn auch die Behauptung, die Mühlenbruch an einer andren Stelle (S. 354) vertheidigt, daß nämlich auch Postumi und Infantes möglicher Weise nach Nov. 115. giltig enterbt werden könnten, jeden Falls verworfen werden. Daß übrigens der Enterbungsursache eine conditio in praesens vel praeteritum relata giltig beigefügt werden kann, versteht sich von selbst, denn solche Bedingungen haben ja gar nicht vim, sondern nur figuram conditionis, vgl. auch Buchholtz a. a. O. S. 352 fgg.

II. Von dem Rechtsmittel aus der Nov. 115. §. 485.

1) Nov. 115. c. 3. geg. E.: Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse

monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato (τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης), ad parentum hereditatem liberos ab intestato ex aequa parte pervenire, nec liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideïcommissa, aut libertates aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia jubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus testamentis.

2) Nov. 115. c. 4: Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus; sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus, legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus, et tutorum dationibus aut aliis capitulis sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis, in legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere.

Anm. Wenn der Testator gegen die Vorschriften der Novelle gefehlt hat, so ist soviel gewiß, daß die Erbeinsetzungen wegfallen, die übrigen testamentlichen Bestimmungen aber (Vermächtnisse, Freiheitsertheilungen, Vormundschafts-Bestellungen) bestehen bleiben, und zwar muß diese letztre Bestimmung gewiß auch auf Pupillar-Substitutionen, und wohl sogar auf Vermächtnisse, die dem impugnirenden Notherben selbst hinterlassen sind, bezogen werden, denn die Novelle redet ganz allgemein, und die Analogie der bonor. poss. contra tabulas, l. 5. §. 2. de legat. praest. (37, 5), kann nicht für das Gegentheil entscheiden, obwohl Viele a. M. sind, wie z. B. Bluntschli S. 263 fgg. und Francke S. 389; s. aber Mühlenbruch a. a. O. S. 284 fgg., Elvers neue Themis I. S. 248 fgg., Arndts S. 153, Schmidt S. 180 fgg. Daß aber auch rechtmäßige Enterbungen andrer Notherben aufrecht erhalten werden müßten, wie Manche (z. B. auch noch Mayer, Erbr. I. §. 104. Not. 3, und Heumann S. 226 fgg.) annehmen, läßt sich gewiß nicht rechtfertigen, da Justinian's Bestimmung augenscheinlich sich nur auf solche testamentarische Anordnungen bezieht, durch welche Jemanden etwas zugewendet werden soll, und eine solche Aufrechthaltung mit der klaren Vorschrift der Novelle, daß die Intestaterbfolge eintreten solle, in offenem Widerspruche stände; vgl. auch Mühlenbruch S. 288. Not. 54a, Arndts S. 152 fgg., Schmidt S. 181. — Ueber die

kommen nur als Ausnahmsfälle dieser Vorschrift vor. Damit ist aber im Wesentlichen offenbar nichts als eine Form angeordnet, denn ausdrücklich bemerkt Justinian, daß es auf die Größe der angewiesenen Portion gar nicht ankommen solle, und daß man auch giltig auf eine einzelne, wenn auch noch so unbedeutende Sache zu Erben einsetzen könne. Erkennt man dies aber an, so muß man auch folgeweise anerkennen, daß, wenn dagegen gefehlt ist, dieser Fehler der Form nichts Anderes, als Nichtigkeit hervorbringen könne. In der That spricht dies aber auch Justinian selbst klar genug aus. Zunächst liegt dies schon in den Worten des cap. 3: *penitus non licere* filium vel filiam praeterire vel exheredem facere, und des §. 13. eod.: *quos exheredare non licet*, namentlich, wenn man damit die allgemeine Vorschrift der l. 5. C. de legib. verbindet; aber mit sehr bestimmten Worten sagt ja auch der Kaiser (T. 2): *„nullam vim hujusmodi testamentum sancimus habere"*, worin doch gewiß deutlich genug eine Nichtigkeitserklärung enthalten ist. Daß die Ausdrücke evacuato testamento und rescisso testamento dieser Ansicht nicht entgegen stehen, sondern recht wohl auch auf nichtige Testamente bezogen werden können, wird jetzt wohl nicht mehr bezweifelt.

Nichtigkeit der Erbeinsetzungen also und Intestatsuccession treten ein, wenn gegen die Nov. 115. gefehlt ist, und die Klage ist also hered. petitio intestati, und wenn man dieselbe auch h. z. T. allgemein Nullitätsquerel nennt (s. g. querela nullitatis juris novi), so ist sie doch entschieden als H. P. zu behandeln, woraus von selbst hervorgeht, daß sie nur der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterworfen ist, daß sie nicht zu den subsidiären Klagen gehört, daß, wer sie anstellt, und den Prozeß verliert, hier nicht, wie bei der querela inoff. test. durch den Verlust des ihm Hinterlassenen gestraft wird, und daß sie auch unvorbereitet auf die Erben übergeht, vorausgesetzt natürlich, daß der Erblasser schon wirklich Erbe geworden war, sei es ipso jure oder durch Erbschaftsantritt. — Sehr streitig aber ist es, ob diese Nichtigkeit blos von den Notherben selbst, oder ob sie auch von andren Intestaterben geltend gemacht werden könne, ob hier also eine s. g. relative, oder eine absolute Nullität Platz greife? Wer der erstren Ansicht folgt (vgl. z. B. Bluntschli a. a. O., Francke S. 382 fgg., Arndts S. 110 fgg., Puchta §. 493, Seuffert §. 658, und wenigstens theilweise Mühlenbruch XXXVII. S. 256 fgg. und Tewes §. 139), muß konsequent annehmen, daß, wenn der übergangene Notherbe vor dem Testator verstirbt, oder wenn er verzichtet, das Testament zu Recht bestehen bleibt, so wie er auch anderweiten, mit dem Notherben konkurrirenden Intestaterben, die entweder überhaupt kein Notherbenrecht aus der Novelle haben, oder doch giltig von dem Testator ausgeschlossen sind, das Rechtsmittel versagen muß. Die Vertheidiger der absoluten Nullität dagegen (vgl. z. B. Brandis in der Gießer Zeitschr. VII. S. 197 fgg., Heumann S. 170 fgg. S. 203 fgg. S. 213 fgg., Sintenis III. §. 198, Vering S. 422. Anm. 1, Schmidt S. 176 fgg. — Thibaut, Syst. §. 970, Göschen, Vorles. §. 863. geg. E.) gehen von dem einfachen Satze aus: wer bei Errichtung eines Testaments gegen die Vorschriften der Nov. 115. fehlt, hat juristisch gar kein Testament gemacht, sondern verstirbt als intestatus. Mag nun der übergangene Notherbe vor dem Testator versterben,

mag er verzichten oder nicht, immer tritt die reine Intestaterbfolge ein, so daß natürlich auch diejenigen zur Erbfolge gelangen, welche gar kein Notherbenrecht aus der Nov. haben (z. B. der minus plene adoptatus, Geschwister und Neffen), oder gehörig von dem Testator ausgeschlossen sind. Diese letztre Meinung ist nun nach meiner Ueberzeugung die einzig richtige; denn abgesehen davon, daß der ganze Begriff einer relativen Nullität eine juristische Inkonsequenz ist, vgl. Brandis a. a. O. S. 121 fgg., so sind auch die Gründe, die man noch insbesondre für die relative Nullität nach Nov. 115. anführt, wohl nicht haltbar. Daß nämlich Justinian den letzten Willen theilweise durch Aufrechthaltung der Vermächtnisse u. s. w. schützt, ist wahr, aber aus theilweiser Nullität kann noch kein Schluß gemacht werden auf relative, und wenn man vorzüglich noch Gewicht gelegt hat auf die Aeußerung Justinian's, es solle den Verletzten nullum praejudicium generari (T. 1), indem sich darin die Ansicht des Kaisers ausspreche, die Nichtigkeit der Erbeinsetzung blos in Beziehung auf Eltern und Kinder, nicht auf alle Intestaterben zu statuiren, so übersah man, daß diese Bemerkung des Kaisers nichts, als den Grund der Disposition enthält. Die Art und Weise dagegen, wie bewirkt werden solle, daß den Uebergangenen kein praejudicium treffe, ist nicht hier, sondern in den folgenden Worten ausgesprochen, in denen nicht etwa dem Verletzten ein Rechtsmittel zur Umstoßung des Testaments gegeben, sondern allgemein verordnet wird, testamento evacuato liberos ab intestato ex aequa parte pervenire, und nirgends macht Justinian etwas davon abhängig, ob der Verletzte von seinem Rechte Gebrauch mache, sondern allgemein sagt er, wenn seine Vorschriften nicht beobachtet seien, so sollten sämmtliche Erbeinsetzungen nichtig sein, und Intestatsuccession eintreten (T. 1. 2). Selbst nicht einmal durch eine bon. poss. secundum tabulas cum re nach Analogie des Falls, wenn ein präterirter suus abstinirt (s. oben §. 473), kann hier meiner Ueberzeugung nach geholfen werden, da hierzu eine besondre gesetzgeberische Bestimmung nöthig wäre; aber doch würde sich wissenschaftlich nur auf diesem Wege die h. z. T. gewöhnliche Ansicht, daß die Nullität der Nov. 115. blos für den Verletzten wirke, rechtfertigen lassen, aber freilich immer nur unter der Voraussetzung, daß der Notherbe verzichtet, nicht auch, wenn er vor dem Testator verstirbt, weil in diesem Falle auch nach früherem Rechte die bon. poss. sec. tabulas nur sine re war.

III. Von dem Verhältniß des Novellenrechts zu den früheren Notherbenrechten. §. 486.

Anm. Es sind hierbei folgende Punkte in's Auge zu fassen:

I. Daß die Nov. 115. auf Geschwister schlechthin nicht bezogen werden könne, wird h. z. T. gewiß mit Recht allgemein angenommen, und bei ihnen treten also noch vollständig die oben entwickelten Prinzipien des Pflichttheilsrechts, und namentlich sämmtliche daraus hervorgehende Rechtsmittel ein.

II. Allerdings ist aber das Pflichttheilsrecht der Deszendenten und Aszendenten durch Nov. 115. modifizirt worden. Zwar haben diese, wie sich

kommen nur als Ausnahmsfälle dieser Vorschrift vor. Damit ist aber im Wesentlichen offenbar nichts als eine Form angeordnet, denn ausdrücklich bemerkt Justinian, daß es auf die Größe der angewiesenen Portion gar nicht ankommen solle, und daß man auch giltig auf eine einzelne, wenn auch noch so unbedeutende Sache zu Erben einsetzen könne. Erkennt man dies aber an, so muß man auch folgeweise anerkennen, daß, wenn dagegen gefehlt ist, dieser Fehler der Form nichts Anderes, als Nichtigkeit hervorbringen könne. In der That spricht dies aber auch Justinian selbst klar genug aus. Zunächst liegt dies schon in den Worten des cap. 3: *penitus non licere* filium vel filiam praeterire vel exheredem facere, und des §. 13. eod.: *quos exheredare non licet,* namentlich, wenn man damit die allgemeine Vorschrift der l. 5. C. de legib. verbindet; aber mit sehr bestimmten Worten sagt ja auch der Kaiser (T. 2): *„nullam vim hujusmodi testamentum sancimus habere"*, worin doch gewiß deutlich genug eine Nichtigkeitserklärung enthalten ist. Daß die Ausdrücke evacuato testamento und rescisso testamento dieser Ansicht nicht entgegen stehen, sondern recht wohl auch auf nichtige Testamente bezogen werden können, wird jetzt wohl nicht mehr bezweifelt.

Nichtigkeit der Erbeinsetzungen also und Intestatsuccession treten ein, wenn gegen die Nov. 115. gefehlt ist, und die Klage ist also hered. petitio intestati, und wenn man dieselbe auch h. z. T. allgemein Nullitätsquerel nennt (s. g. querela nullitatis juris novi), so ist sie doch entschieden als H. P. zu behandeln, woraus von selbst hervorgeht, daß sie nur der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterworfen ist, daß sie nicht zu den subsidiären Klagen gehört, daß, wer sie anstellt, und den Prozeß verliert, hier nicht, wie bei der querela inoff. test. durch den Verlust des ihm Hinterlassenen gestraft wird, und daß sie auch unvorbereitet auf die Erben übergeht, vorausgesetzt natürlich, daß der Erblasser schon wirklich Erbe geworden war, sei es ipso jure oder durch Erbschaftsantritt. — Sehr streitig aber ist es, ob diese Nichtigkeit blos von den Notherben selbst, oder ob sie auch von andren Intestaterben geltend gemacht werden könne, ob hier also eine s. g. relative, oder eine absolute Nullität Platz greife? Wer der erstren Ansicht folgt (vgl. z. B. Bluntschli a. a. O., Francke S. 382 fgg., Arndts S. 110 fgg., Puchta §. 493, Seuffert §. 658, und wenigstens theilweise Mühlenbruch XXXVII. S. 256 fgg. und Tewes §. 139), muß konsequent annehmen, daß, wenn der übergangene Notherbe vor dem Testator verstirbt, oder wenn er verzichtet, das Testament zu Recht bestehen bleibt, so wie er auch anderweiten, mit dem Notherben konkurrirenden Intestaterben, die entweder überhaupt kein Notherbenrecht aus der Novelle haben, oder doch giltig von dem Testator ausgeschlossen sind, das Rechtsmittel versagen muß. Die Vertheidiger der absoluten Nullität dagegen (vgl. z. B. Brandis in der Gießer Zeitschr. VII. S. 197 fgg., Heumann S. 170 fgg. S. 203 fgg. S. 213 fgg., Sintenis III. §. 198, Vering S. 422. Anm. 1, Schmidt S. 176 fgg. — Thibaut, Syst. §. 970, Göschen, Vorles. §. 863. geg. E.) gehen von dem einfachen Satze aus: wer bei Errichtung eines Testaments gegen die Vorschriften der Nov. 115. fehlt, hat juristisch gar kein Testament gemacht, sondern verstirbt als intestatus. Mag nun der übergangene Notherbe vor dem Testator versterben,

Puchta das Additional=System genannt wird. Bei dem Derogations=System sind aber wieder drei wesentlich verschiedene Ansichten zu trennen, indem nämlich:

1) Manche nicht blos die Rechtsmittel des alten Rechts als weggefallen ansehen, sondern auch die Formvorschriften selbst, so daß man also jetzt nicht mehr seinen suus oder emancipatus nominatim, ab omnibus gradibus u. s. w. zu exheredirеn brauche, sondern daß es genüge, wenn man nur die Vorschriften der Nov. 115. beobachte. Als Repräsentant dieser Ansicht ist Francke §. 28. und 31. zu nennen; vgl. auch Göschen §. 863, Arndts S. 116 fgg., Lehrb. §. 598, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 195. Anm. 1, Brinz S. 743 fg., Keller §. 521, Köppen, Syst. S. 162 fgg., Tewes §. 138. u. A. m.

2) Andre geben zu, daß noch fortwährend bei sui und emancipati die Formvorschriften des alten Rechts über Erbeinsetzung und Enterbung zu beobachten seien, daß aber, wenn dagegen gefehlt sei, nicht mehr die Rechtsmittel des alten Rechts, sondern stets eben so das remedium ex Nov. 115. Platz greife, wie wenn die unmittelbaren Vorschriften dieser Novelle nicht beachtet seien. Als Hauptvertheidiger dieser Meinung ist Mühlenbruch XXXVII. S. 192 fgg. in Verbindung mit S. 295 fgg. (wo sich auch S. 308 fgg. eine skizzirte Dogmengeschichte dieser Kontroverse findet) anzuführen.

3) Manche endlich gehen noch weiter, indem sie annehmen, daß seit Nov. 115. die Formvorschriften des früheren Rechts nicht blos auf *Liberi* zu beschränken, sondern bei allen Deszendenten und Aszendenten in Anwendung zu bringen seien, daß aber, wenn dagegen gefehlt sei, niemals mehr die Rechtsmittel des alten Rechts, sondern ausschließlich die Klage aus Nov. 115. Platz greifen müsse; vgl. Puchta, Lehrb. §. 493. Not. e, Heumann a. a. O. S. 246 fg.

Meiner Ueberzeugung nach ist das s. g. Derogationssystem in sämmtlichen eben angedeuteten Gestaltungen gleich sehr verwerflich, indem wir vielmehr den Grundsatz aufstellen müssen, daß nicht nur die Art und Weise, wie Sui und Emanzipati einzusetzen und resp. zu enterben sind, noch immer nach den Grundsätzen des alten Rechts zu bestimmen ist, sondern auch, wenn dagegen gefehlt ist, stets die alten Rechtsmittel (s. g. querela nullitatis juris antiqui und resp. bon. poss. contra tabulas) Platz greifen.

A) Francke's Ansicht beruht wesentlich auf der Idee, daß Justinian schon in einer frühern Verordnung, nämlich in l. 30. C. de inoff. test. (s. oben §. 483) zum großen Theile den Unterschied aufgehoben habe, der ehedem zwischen Deszendenten des Mannsstamms (sui und emancipati) und kognatischen Deszendenten in Betreff des Notherbenrechts Statt gefunden habe, denn der Kaiser verordne hier, daß die Nichtigkeit der Testamente wegen Präterition des suus, und die bon. poss. contra tabulas des präterirten Emanzipatus allgemein wegfallen solle, wenn ihnen der Vater irgend etwas durch Vermächtniß hinterlassen habe, und nur dann, wenn sui und emancipati gänzlich übergangen seien, solle noch Nullität und resp. bon. poss. contra tabulas eintreten können. Nehme man aber diese Interpretation der l. 30. cit. an, so sei es nun auch ganz natürlich, die hierdurch angefangene Gleichstellung der agnatischen und kognatischen Deszendenten als durch Nov. 115. vollendet anzunehmen, so daß

von selbst versteht, noch immer einen Anspruch auf den Pflichttheil, aber die *querela inofficiosi testamenti* kann dabei nicht mehr vorkommen. Da nämlich diese Klage zu den allgemein subsidiären gehört, und da überall, wo sie begründet wäre, auch das remedium ex Nov. 115. zulässig ist, und wo dieses letztre wegfällt, auch die erstre Klage als unstatthaft erscheint, so ergiebt sich jenes Resultat ganz von selbst. Doch muß man allerdings wohl eine Ausnahme gestatten. Wenn nämlich der nächstberechtigte Notherbe gehörig ausgeschlossen, der darauf folgende ganz übergangen ist, so ist das Rechtsmittel aus der Nov. 115. jedenfalls unstatthaft, wohl aber die Anstellung der querela inoff. testam. zulässig (vgl. oben §. 480), wie auch z. B. Seuffert, Erläutr. zu den Lehren d. Erbr. S. 46 fgg. und Mejer in Schweppe's Hdb. V. §. 975. richtig annehmen, während sich freilich Mühlenbruch XXXVII. S. 366. Not. dagegen erklärt. — Außerdem werden aber auch nicht selten noch andre Ausnahmen behauptet, und zwar soll:

1) die quer. inoff. test. wenigstens dann noch anwendbar sein, wenn der Notherbe zwar eingesetzt ist, aber auf Nichts, wie namentlich, wenn durch andre Zuweisungen die Erbschaft gerade erschöpft, und der Notherbe dann auf den Rest eingesetzt ist, vgl. z. B. Seuffert, Erläutr. zu den Lehren des Erbr. S. 46, Zimmern im ziv. Arch. VIII. S. 155. Not. 8. Man muß es aber in Abrede stellen, daß durch eine Erbeinsetzung auf Nichts den Vorschriften der Nov. 115. genügt sei, denn daß der Kaiser nicht an eine solche leere Erbeinsetzung gedacht, geht nicht nur aus cap. 5. init., sondern insbesondere auch noch aus cap. 4. init. hervor, vgl. auch Francke S. 394 fgg., Mühlenbruch XXXV. S. 320 fgg. XXXVII. S. 364 fgg., Schneider, die allgem. subsid. Klagen S. 475 fgg., Arndts S. 141 fg.

2) Nach Andren soll die quer. inoff. test. mit ihren sämmtlichen Eigenheiten noch dann zulässig sein, wenn der Notherbe auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt, von dem Rest der Erbschaft aber ausdrücklich ausgeschlossen ist, vgl. Rez. in Schunck's Jahrb. Neue Folge, Jahrg. I. S. 260 fgg. Gewiß richtiger ist es aber, in diesem Falle die suppletorische Klage zu gestatten, vgl. auch Mühlenbruch XXXVII. S. 365 fgg. Not.

III. Ganz besonders streitig ist aber das Verhältniß der Nov. 115. zu dem früheren formellen Notherbenrecht der sui und emancipati, und zwar sind hierbei zwei verschiedene Grundansichten zu unterscheiden. Während nämlich die eine Parthei annimmt, daß auch noch nach der Novelle die Rechtsmittel des alten Rechts (s. g. querela nullitatis juris antiqui und bonor. possessio contra tabulas) anwendbar seien, wenn nämlich gegen die Formvorschriften dieses Rechts gefehlt sei, behaupten Andre, die Nov. 115. habe das ganze Notherbenrecht der Deszendenten und Aszendenten, namentlich auch der sui und emancipati in sich aufgenommen, so daß nun nicht mehr von den Rechtsmitteln des alten Rechts, sondern immer nur von dem remedium ex Nov. 115. die Rede sein könne. Die letztre Ansicht hat Bluntschli S. 268. das Ausschließungs-, Mühlenbruch XXXVII. S. 308. das vollständige Derogations-, Puchta §. 493. Not. c. das Reform-System genannt, während die erste Meinung von Bluntschli das Enterbungs-, von Mühlenbruch das Korrektions-, von

emancipati noch in vollem Umfang bestand, so ist es allgemeinen Interpretations-Regeln nach durchaus nöthig, dieses Recht auch noch nach der Nov. 115. als fortbestehend anzuerkennen. Denn ein neues Gesetz kann blos dann und insofern als einem früheren derogirend angesehen werden, wenn und inwiefern die Vorschriften desselben mit den Vorschriften des früheren unvereinbar sind. Dies ist nun in unserm Falle nur insofern der Fall, daß das früher gestattete Wahlrecht, entweder zu instituiren, oder förmlich zu exherediren, durch Nov. 115. aufgehoben ist, indem hierdurch die Verpflichtung eingeführt wurde, alle Deszendenten, also freilich auch die Deszendenten des Mannsstamms, zu Erben einzusetzen, man müßte denn eine gerechte Ausschließungs-Ursache haben und anführen. Welche Formen man aber bei der Einsetzung, oder bei der Ausschließung, soweit dieselbe noch nach der Novelle als erlaubt erscheint, anzuwenden habe, ist offenbar nach dem früheren Rechte zu beurtheilen, da sich hierüber in der Novelle weder direkt noch indirekt entgegenstehende Vorschriften vorfinden, und blose Argumentationen aus dem, dem Formenwesen nicht günstigen, Geiste des neueren Rechts den Mangel positiver Vorschriften nicht ersetzen können. Eine Aufhebung des formellen Notherbenrechts der Sui und Emanzipati durch Nov. 115. ist aber auch um so weniger anzunehmen, da sich gerade in diesem Gesetze eine sehr bestimmte Hinweisung auf diese Formen vorfindet. Im Eingang des cap. 3. nämlich (wo von der Ausschließung der Deszendenten durch die Aszendenten die Rede ist) sagt der Kaiser: „Sancimus, non licere penitus patri vel matri — — — filium vel filiam — — *praeterire, aut exheredes in suo facere testamento*“ [praeteritos *καταλιμπάνειν, ἢ ἀποκληρονόμους ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ*], während er im Eingang des cap. 4. (wo von der Ausschließung der Aszendenten durch die Deszendenten gesprochen wird) nur sagt: „Sancimus non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis — — eos omnino alienare“ [praeteritos *καταλιμπάνειν, ἢ καθ᾽ οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων — — τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι*]. Dort wird also ausdrücklich zwischen Präterition und Exheredation unterschieden, eben weil Deszendenten, je nachdem sie kognatische oder agnatische sind, entweder präterirt werden dürfen, oder förmlich exheredirt werden müssen; hier aber wird der Exheredation gar nicht erwähnt, eben weil es bei Aszendenten niemals einer förmlichen Exheredation bedarf. Vgl. auch Mühlenbruch S. 192 fgg., Schmidt S. 185 fgg.

B. Wenn auch Mühlenbruch mit den Resultaten der vorigen Untersuchung völlig einverstanden ist, so nimmt er doch in Betreff der Rechtsmittel an, daß die Nov. 115. das ganze Notherbenrecht der Deszendenten und Aszendenten in sich aufgenommen habe, und daß danach, wie von der querela inoff. test., so auch von der quer. nullitatis juris antiqui und der bon. poss. contra tabulas keine Rede mehr sein könne, sondern stets nur das remedium ex Nov. 115, also die s. g. querela nullitatis juris novi Platz greife. Er stützt diese Annahme theils auf allgemeine Betrachtungen, die im Wesentlichen darauf hinausgehen, daß eine Vereinfachung des sehr komplizirt gewordenen Notherbenrechts dringend wünschenswerth, und ganz im Geiste des neueren Rechts gewesen sei, theils auf spezielle Aeußerungen der Nov. 115. Das erste Argument ist

jedenfalls ohne besondre Bedeutung, und würde konsequent fortgeführt, eher zur Francke'schen, als zu der Mühlenbruch'schen Theorie hinführen. Was aber den zweiten Beweisgrund anbelangt, so argumentirt Mühlenbruch so: die Worte *si haec non fuerint observata* rel. sprechen ganz allgemein Richtigkeit der Erbeinsetzungen und Rechtsbeständigkeit der anderweiten Dispositionen für den Fall aus, wenn die Vorschriften der Novelle nicht beobachtet seien. Offenbar passe nun dieser allgemeine Ausspruch auch auf die Fälle, in denen auch schon gegen das ältere Notherbenrecht der sui und emancipati gefehlt sei, und man müsse also auch in diesen Fällen eben nur das hier eingeführte neue Rechtsmittel, nicht aber die quer. nullitat. jur. ant. oder bon. poss. contra tabulas in Anwendung bringen; und zwar müsse man dies um so mehr thun, da ja der Kaiser ausdrücklich in cap. 4. fin. die derogatorische Klausel beigefügt habe: „si quid autem pro legatis sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, aut quibuslibet aliis capitulis, aliis legibus inventum fuerint huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere". — Ich kann dieser Ausführung nicht beistimmen. Gesetzt, die Worte si haec non fuerint observata rel. hätten wirklich den allgemeinen Sinn, den ihnen Mühlenbruch beilegt, so dürften sie doch offenbar immer nur auf den Fall bezogen werden, wenn gegen die Vorschriften des alten Rechts und zugleich auch gegen die Vorschriften der Novelle gefehlt ist. Der andre Fall aber, wenn der Suus oder Emanzipatus zwar präterirt ist, aber die Vorschriften der Nov. 115. dabei beobachtet wurden, also ein Enterbungsgrund vorhanden und angegeben ist, kann doch unmöglich unter jene Worte subsumirt werden, und hier müßten also nach allen Interpretations-Regeln noch immer die Rechtsmittel des alten Rechts, d. h. die alte quer. nullitatis oder die bon. poss. contra tabulas Platz greifen. Ist es nun aber wohl glaublich, daß ein Verstoß des Testators gegen mehrfache gesetzliche Vorschriften einen weniger zerstörenden Einfluß auf das Testament äußern sollte, als wenn er nur gegen eine dieser Vorschriften gefehlt hätte? Kann man also wohl annehmen, daß dann, wenn der Testator seinen Suus ohne alle Ursache präterirte, das Testament theilweise aufrecht erhalten werde, daß aber dann, wenn die Präterition aus einem gerechten, von ihm angegebenen Grunde geschah, das ganze Testament mit allen seinen Nebenbestimmungen zusammenfalle? — Diese schreiende Inkonsequenz wird nun vollständig vermieden, wenn man der Ansicht folgt, daß jene Worte Justinian's sich nur auf den Fall beziehen, wenn gerade blos gegen die Vorschriften der Novelle gefehlt ist. Dies ist nicht nur an sich das Natürlichste, weil Justinian blos veranlaßt war, ein Rechtsmittel zum Schutze der neuen, von ihm eingeführten Verbindlichkeit einzuführen; sondern auch in den Worten selbst liegt eine nicht undeutliche Hinweisung, daß zum Eintritt dieses neuen Rechtsmittels vorausgesetzt wird, die Vorschriften des formellen Notherbenrechts seien gehörig beobachtet. Justinian sagt nämlich in cap. 3. „Si autem haec observata non fuerint, nullam *exheredatis* liberis praejudicium generari rel.", und supponirt also offenbar eine rite geschehene Exheredation. Bedenkt man nun noch überdies, wie so ganz unglaublich es ist, daß ein so eigenthümliches, und von der römischen Doktrin bis in das feinste Detail ausgebildetes Rechtsmittel, wie die bonorum possessio

contra tabulas ist, so ganz ohne Weiteres von Grund aus abgeschafft sein sollte, ohne daß dies der Kaiser auch nur mit einem einzigen Worte ausdrücklich bemerkt hätte, so möchte doch wohl unsre Auslegung jener Worte als die vorzüglichere erscheinen. Diesem Resultate widerspricht auch gewiß nicht die derogatorische Klausel am Ende des Kap. 4; denn wenn man auch zugiebt, daß dieselbe nicht blos auf den Fall zu beziehen sei, wenn Deszendenten ihre Aszendenten ohne Grund ausschließen, sondern daß sie eine allgemeine Bedeutung habe, so kann dieselbe doch sicher nur auf solche Fälle gehen, in welchen eben blos das Rechtsmittel aus der Novelle zulässig ist, nicht aber auch auf solche, in denen aus andren Gründen andre Rechtsmittel begründet sind. Vgl. auch Schmidt S. 183 fg.

C. Der Meinung von Puchta und Heumann fehlt es an jedem positiven Haltpunkte. Justinian spricht in der Nov. 115. auch nicht mit einem Worte von den Formvorschriften des früheren Rechts, und es ist daher in der That schwer einzusehen, wie man deßungeachtet sich für berechtigt halten kann, eine Ausdehnung dieser Vorschriften aus diesem Gesetze abzuleiten. Man argumentirt dabei so: aus der Nov. 115. geht klar hervor, daß kein Unterschied zwischen Liberi und andren Deszendenten Statt finden soll; da man nun nicht berechtigt ist, eine Gleichstellung aller Deszendenten in der Art anzunehmen, daß man die Formvorschriften für liberi als weggefallen ansieht (s. vorher lit. A.), so bleibt nichts andres übrig, als umgekehrt diese Vorschriften auch auf die übrigen Notherben auszudehnen; vgl. Heumann a. a. O. Diese Argumentation fällt aber von selbst zusammen, weil die Prämisse, von welcher man dabei ausgeht, unbewiesen und unbeweisbar ist. Allerdings werden in der Nov. 115. sämmtliche Deszendenten einander ganz gleichgestellt, ohne irgend eine besondre Hervorhebung der Liberi; aber augenscheinlich bezieht sich diese völlige Gleichstellung lediglich auf die Vorschriften dieser Novelle, und es ist mehr als kühn, dies als eine Gleichstellung im Notherbenrechte überhaupt aufzufassen. Ließe sich aber auch eine solche Auffassung rechtfertigen, so würde man dadurch doch weit eher zu der Francke'schen, als zu der Puchta'schen Theorie gedrängt werden; denn daß eine Aufhebung jener alten Formschriften dem Geiste der Justinianischen Gesetzgebung weit mehr entspricht, als eine Ausdehnung derselben, kann doch gewiß nicht geleugnet werden. Vgl. auch Schmidt S. 182. —

Für die hier vertheidigte Ansicht, also für das s. g. Korrektions- oder Additional-System, hat sich denn auch von jeher die weit überwiegende Zahl unsrer Rechtslehrer erklärt, vgl. die Literatur-Angaben bei Mayer, Erbr. I. S. 268 fgg., und die dogmengeschichtlichen Andeutungen bei Roßhirt, testam. Erbr. I. S. 122 fgg., und Dogmengesch. des Zivilr. Heidelb. 1853. S. 359 fgg., und s. auch Vering S. 424 fgg., Schmidt S. 182 fgg., und nur erst in unsren Tagen fängt auffallender Weise das Derogations-System, ungeachtet seiner gänzlichen theoretischen Unhaltbarkeit, sich so sehr zu verbreiten an, daß es jetzt schon fast als das in der Theorie vorherrschende angesehen werden muß. Wenn aber die Vertheidiger desselben sich auch auf die Praxis zu berufen pflegen, so ist für eine solche Behauptung der Beweis noch nicht einmal versucht, viel weniger erbracht worden, und in der That wäre es auch eine auffallende Erscheinung, wenn sich eine Praxis im Gegensatze zu einer im Ganzen sehr konstanten

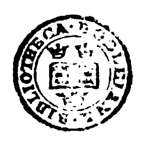
Theorie gebildet haben sollte. Daß das alte formelle Notherbenrecht mit seiner Unterscheidung der agnatischen und kognatischen Descendenz und mit seinen steifen Exheredations-Formen den modernen Rechtsanschauungen ziemlich entfremdet, und demnach eine Aufhebung desselben gewiß wünschenswerth ist, muß man unbedenklich zugeben, vgl. auch Schmidt S. 191 fgg.; aber ich kann nicht einsehen, wie dies allein — ohne hinzutretendes Gewohnheitsrecht — uns berechtigen könnte, ein im Gesetz wohlbegründetes Institut für abgeschafft zu erklären. —

IV. Hält man die bisher in dieser Anm. entwickelten Sätze über das Verhältniß der verschiedenen Klagen aus dem Notherbenrechte fest, so lassen sich die einzelnen Fälle sehr leicht entscheiden:

1) Der Testator hat agnatisch geborne Descendenten (sui oder emancipati). Hier muß zunächst gefragt werden, ob die Formen des alten Rechts beobachtet sind, ob also dieselben förmlich instituirt oder exheredirt sind; und ist dies nicht, so muß noch immer, wenn ein Suus da ist, die Nichtigkeitsklage des alten Rechts, wenn es aber ein Emanzipatus ist, die bon. poss. contra tabulas eintreten. Sind aber diese Formen gehörig gewahrt, so kommt es nun weiter darauf an, ob solche Kinder instituirt oder exheredirt sind. Im erstren Falle kann das Testament nie angefochten werden, sondern nur die actio suppletoria eintreten, wenn ihnen nicht ihr voller Pflichttheil hinterlassen ist. Im zweiten Falle aber muß untersucht werden, ob die Vorschriften der Nov. 115. gewahrt worden sind, ob also eine der gesetzlichen Enterbungs-Ursachen vorhanden und angegeben ist, oder nicht. Ist das Erstre, so ist das Testament unanfechtbar; ist dies aber nicht, so tritt stets das remedium aus der Nov. 115. (die s. g. Nichtigkeitsklage des neuen Rechts) ein; vgl. auch Schmidt S. 190 fgg. Von der querela inoff. testamenti kann hier aber mit Ausnahme des oben S. 296. angedeuteten Falls nicht mehr die Rede sein.

2) Der Testator hat kognatische Descendenten oder Ascendenten. Hier ist von den Formen des alten Rechts gar keine Rede, und es kommen also blos die Vorschriften der Nov. 115. und das Pflichttheilsrecht in Betracht, so daß also, wenn die Berechtigten instituirt sind, nur die actio suppletoria, wenn sie präterirt sind, nur das remedium ex Nov. 115, sofern den Vorschriften dieses Gesetzes nicht genügt ist, eintreten kann. Von der querela inoff. test. kann hier eben so wenig die Rede sein, wie in dem vorigen Falle.

3) Der Testator hat blos Geschwister. Hier ist blos und allein das Pflichttheilsrecht zu berücksichtigen, dieses aber ganz in der oben entwickelten Art, so daß also zu unterscheiden ist, ob der Bruder gar nichts erhalten hat, oder ob ihm wenigstens Etwas zugewendet worden ist. Im erstren Falle tritt die querela inoff. test., im zweiten die actio suppletoria ein. Von der querela nullitatis juris antiqui oder von der bon. poss. contra tabulas kann hier eben so wenig die Rede sein, wie von der querela nullitatis juris novi.



Abschnitt IV.

Nachträgliche Erörterungen.

I. Von der exheredatio bona mente. §. 487.

Glück VII. S. 255 fgg., Zimmern im ziv. Arch. VIII. S. 153 fgg., Francke S. 422 fgg., Mühlenbruch XXXVII. S. 391 fgg., Arndts im Rechtslex. III. S. 901 fg., Mayer, Erbr. I. §. 106 fg., Sintenis III. §. 197. Anm. 24 fgg., Schmidt S. 166 fgg.

II. Von dem Pflichttheilsrecht der armen nicht dotirten Wittwe. §. 488.

Nov. 53. c. 6, Nov. 117. c. 5. — Martin, Rechtsgutachten. Bd. I. S. 356 fgg., v. Löhr in seinem Magaz. III. S. 359 fgg. und ziv. Arch. XXII. S. 1 fgg., Glück, Intestaterbf. S. 425 fgg., Zimmern, Grundr. des Erbr. S. 59 fgg., Roßhirt, Erbrecht S. 186 fgg., Francke S. 481 fgg., Arndts im Rechtslex. V. S. 697 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 165, Schirmer, Handb. I. S. 233 fgg.

Anm. Justinian verfügte in Nov. 53. c. 6, daß der arme Ehegatte, welcher keine dos oder donatio propter nuptias bestellt habe, ¼ aus dem Vermögen des Verstorbenen erhalten solle, ganz so wie nach seiner früheren Verordnung (l. 11. §. 1. C. de repud. 5, 17, Nov. 22. c. 18. 30) der mit Unrecht geschiedene Gatte. Dies wird auch in Nov. 117. c. 5. wiederholt, jedoch mit der Modifikation, daß sowohl im Falle der Scheidung, als des Todes, nur die Frau, nicht mehr der Mann, Anspruch auf die Quart haben, und daß diese, wenn mehr als drei eheliche Kinder vorhanden seien, nur eine Virilportion erhalten solle.

1) Wenn die Ehe durch den Tod getrennt ist, hat die Wittwe (nicht auch der Wittwer, Nov. 117. c. 5. fin.) das gesetzliche Erbrecht in das Vermögen ihres wohlhabenden Mannes, aber nur dann, wenn sie arm und nicht dotirt ist. Beide Erfordernisse werden sehr bestimmt in den Gesetzen hervorgehoben, und auf das letztre weist namentlich auch der Zusammenhang dieses Erbrechts mit den Strafen des Repudium entschieden hin, so, daß es gewiß nicht zu rechtfertigen ist, wenn deßungeachtet Sintenis a. a. O. Anm. 2. auch einer dotirten Ehefrau, wenn sie nur arm sei, das Erbrecht einräumen will; daß dieses das

weit Natürlichste wäre, ist freilich unverkennbar, aber diese Erwägung kann uns begreiflich nicht berechtigen, ein bestimmt ausgesprochenes gesetzliches Erforderniß zu ignoriren. — Wann der verstorbene Mann als wohlhabend, die Wittwe aber als arm anzusehen sei, ist in den Gesetzen nicht näher bestimmt, und muß also dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen bleiben, welcher dabei vorzugsweise die Standesverhältnisse der Wittwe berücksichtigen muß.

2) Unter diesen Voraussetzungen hat die Wittwe nicht blos ein Intestaterbrecht, sondern wahres Pflichttheilsrecht, wie insbesondere daraus hervorgeht, daß wenn der Ehemann ihr weniger, als die im Gesetz vorgeschriebene Portion hinterlassen hat, sie die Ergänzung derselben verlangen kann, Nov. 53. c. 6. pr., wobei denn freilich das Eigne eintritt, daß Intestaterbtheil und Pflichttheil von ganz gleicher Größe sind. Von einer *querela inoff. test.* kann aber hier niemals die Rede sein, und auch auf Erbeinsetzung hat die Frau keinen Anspruch, so daß sie also Alles, was ihr der Ehemann auf irgend eine Weise mortis causa hinterlassen hat, in ihre Portion einrechnen muß, Nov. 53. cit., was konsequent auch auf Schenkungen unter Lebenden bezogen werden muß, welche erst durch den Tod des Ehemanns konvaleszisren.

3) Die Größe der Portion, auf welche die Wittwe Anspruch hat, ist in Nov. 117. c. 5. dahin bestimmt, daß sie regelmäßig ein Viertheil des Vermögens betragen solle, daß aber die Wittwe dann, wenn sie mit mehr als drei ehelichen Kindern des verstorbenen Mannes — ob aus dieser oder aus einer früheren Ehe, ist gleichgiltig — zusammentreffe, nur einen Viriltheil fordern könne. Daß mehrere Enkel von einem Sohne oder einer Tochter für ein Kind gelten, ist zwar in der Novelle nicht besonders gesagt, folgt aber konsequent aus der bei Deszendenten vorkommenden successio in stirpes. Nach dem klaren Buchstaben der Novelle darf aber die Beschränkung auf einen Viriltheil nicht auch dann angenommen werden, wenn die Wittwe mit anderen Intestaterben, als Kindern, zusammentrifft, sondern hier bekommt sie stets ihr Viertheil, sollte auch die Zahl der Konkurrenten noch so groß sein. — Wenn übrigens oft behauptet wird, die Wittwe müsse ihr eignes Vermögen einwerfen, so ist dies eine völlig ungegründete Behauptung, die nicht nur durch die Vorschrift, daß die Wittwe ein Viertheil oder eine Virilportion aus dem Vermögen des verstorbenen Mannes erhalten solle, widerlegt wird, sondern insbesondre auch noch durch den Ausspruch Justinian's in Nov. 53. c. 6. §. 1: „si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam“.

4) Ob die Wittwe stets das Eigenthum des Viertheils oder der Virilportion erhalte, oder ob sie nicht dann, wenn sie mit Kindern aus ihrer Ehe mit dem Erblasser konkurrirt, den blosen Nießbrauch derselben bekomme, ist sehr bestritten. Früherhin nahm man ganz allgemein das Letztre an, und berief sich dafür auf den Ausspruch Justinians in Nov. 117. c. 5:

„— — ita quippe, ut usum solum [χρῆσιν μόνην] in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur [τὴν δεσποτείαν — — φυλάττεσθαι], quos ex ipsis nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, jubemus etiam dominii jure

[διαποτείας δικαίῳ] habere eas res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem jussimus legem".

Eine abweichende Ansicht stellte aber v. Löhr a. a. O. S. 377 fgg. auf: Nach einer Verordnung von Theodos und Valentinian (l. 8. §. 7. C. de repud.) solle nämlich dasjenige, was durch Ehescheidung gewonnen worden, den Kindern aus dieser Ehe aufgehoben, und weder verpfändet noch veräußert werden. Dies sei von Justinian auch auf die bei einer nicht dotirten Ehe eingeführte Quart ausgedehnt (l. 11. §. 1. C. eod.). Hierauf aber verweise ausdrücklich Nov. 53. c. 6, und so sei denn auch offenbar die Bestimmung der Nov. 117. c. 5. nichts, als eine Wiederholung jener früheren gesetzlichen Bestimmungen, und müsse also auch aus denselben erklärt werden. Nun aber fänden wir in l. 8. §. 7. cit., welche hiernach als die Grundlage der Justinianischen Verordnungen zu betrachten sei, daß die Mutter ein Testament machen, und darin nach ihrem Gefallen ihre Portion einem Kinde allein oder Mehreren oder Allen hinterlassen könne, und eben dieses müsse man denn auch im Falle der Nov. 117. annehmen, woraus von selbst hervorgehe, daß von einem blosen Nießbrauche der Mutter keine Rede sein könne. Die Kinder hätten vielmehr, so lange die Mutter lebe, nur ein künftiges und noch ungewisses Recht. Zwar müsse die Mutter ihnen ihren Antheil hinterlassen, und insofern könne man von einem blosen Nießbrauche derselben reden, aber sie könne denselben unter die Kinder vertheilen, wie sie wolle, und sterbe eines derselben, so könne von einer Vererbung keine Frage sein, sondern die Mutter müsse nun den übrigen Kindern dieses Vermögen erhalten, und stürben alle Kinder, so werde das Recht der Mutter völlig frei und uneingeschränkt. Vgl. auch außer Löhr a. a. O. noch Heidelb. Jahrb. 1819. S. 766 fgg., Glück cit. S. 455 fgg., Zimmern a. a. O. S. 68, Hunger, das röm. Erbr. S. 430. Not. 2, Wening, Lehrb. §. 434. geg. E., Schweppe, Hdb. V. 973, Mackeldey §. 827. a. E., Göschen §. 931. — Ich kann jedoch dieser neuen Auslegung unmöglich beistimmen, sondern muß vielmehr die früher herrschende Lehre für die richtigere halten. Zwar gebe ich gern zu, daß der geschichtliche Zusammenhang eines neuen Gesetzes mit früheren gesetzlichen Bestimmungen für die Auslegung vorzüglich wichtig ist, und auch das kann nicht verkannt werden, daß durch die Anwendung dieses Hilfsmittels die Löhr'sche Auslegung sehr viel Schein gewinnt; aber dieses kann doch immer nicht hinreichen, uns zur Annahme eines Sinns zu bestimmen, welcher den ganz unzweideutigen Worten des Gesetzes so ganz und gar nicht entspricht. Sehr bestimmt sagt nämlich der Kaiser, daß die Wittwe den blosen Nießbrauch haben, den Kindern aber das Eigenthum verbleiben solle, und daß nur dann die Erstre das Eigenthumsrecht ihrer Portion ansprechen könne, wenn sie nicht mit eignen Kindern zusammentreffe. (Wie v. Löhr für seine Ansicht sich auch auf die Worte: dominium autem filiis *servetur* berufen kann, indem darin wohl nur ausgesprochen sei, daß die Mutter ihren Kindern das Eigenthum aufheben müsse, kann ich nicht wohl einsehen, denn offenbar ist der Gedanke nicht der, daß die Mutter verpflichtet sein solle, den Kindern das Eigenthum aufzubewahren, sondern vielmehr, daß nach gesetzlicher Vorschrift das Eigenthumsrecht der Kinder ungeschmälert bleiben solle). Dies ist zwar allerdings

eine Neuerung Justinian's, aber hat denn dieselbe etwas Auffallendes in einem Gesetze, welches sich selbst als ein korrektorisches ankündigt, („in praesenti melius utramque legem disponentes, sancimus" rel.): und ist nicht diese Neuerung völlig dem geschichtlichen Gang angemessen, den auch in andren Lehren das Recht der Eltern nahm? Man erinnere sich nur z. B. an die Geschichte der s. g. Adventitien, so wie an das Recht der lucra nuptialia im Falle einer zweiten Ehe. Ueberall zeigt sich derselbe Entwicklungsgang, den unsrer Ansicht nach auch das Erbrecht der armen Wittwe nahm. Denn in allen diesen Fällen hatte der parens Anfangs nicht den blosen Nießbrauch, auf den er später eingeschränkt wurde, sondern er hatte Eigenthumsrecht mit der Verbindlichkeit, dasselbe den Kindern aufzuheben. Ganz mit der hier vertheidigten Ansicht stimmt auch namentlich Julian const. 108. N. 381. überein:

„— — Ita tamen, ut *usumfructum* quidem ejus portionis ipsa habeat, *proprietatem autem liberis lex conservet*, qui ex ipso matrimonio nati sunt; quod si liberos non habeat, *jure quoque dominii portionem eandem mulier capiat* — —". (S. auch Athanas. Scholast. tit. X. const. 9, in Heimb. anecd. I. p. 127, und Basil. Prochir. tit. V. cap. 6, edid. Zachariae p. 36 sqq.).

Gewiß mit Recht hat daher auch später Löhr selbst seine Meinung wieder zurückgenommen, vgl. Arch. für ziv. Prax. XXII. S. 1 fgg., und auch die überwiegende Mehrzahl der neueren Juristen hat sich gegen dieselbe erklärt, vgl. z. B. Roßhirt a. a. O. S. 193 fgg., Osenbrüggen, zur Interpretation u. s. w. S. 35 fgg., Arndts S. 699. Not. 180, Schirmer S. 238 fg. Not. und die Lehr- und Handbücher von Thibaut §. 864. (9. Aufl. §. 882), Mühlenbruch §. 637, Seuffert §. 562, Puchta §. 456, Sintenis a. a. O., Brinz §. 190. a. E., Keller §. 472, Bering S. 394, Tewes §. 17. — Wie zu entscheiden sei, wenn die Frau mit eignen und mit Stiefkindern zusammentrifft, hat Justinian nicht besonders angegeben. Könnte man der vorher angedeuteten Ansicht von v. Löhr folgen, so würde die Entscheidung allerdings dahin ausfallen müssen, daß die Frau die ganze ihr zufallende Portion ihren Kindern aufbewahren müsse, vgl. auch v. Löhr a. a. O. 378 fgg. Folgt man aber der andren oben gebilligten Meinung, so ist eine dreifache Entscheidung gedenkbar. Einmal nämlich könnte man annehmen, daß die Frau an der ganzen Portion den blosen Nießbrauch erhalte, die Proprietät aber pro rata bei den eignen und den Stiefkindern verbleibe (vgl. v. Löhr a. a. O. S. 375 fgg.), oder man könnte der Frau zwar allerdings den blosen Nießbrauch an der ganzen Portion, das Eigenthumsrecht der ganzen Portion aber blos den eignen Kindern der Frau einräumen (vgl. Roßhirt a. a. O. S. 196 fgg.), oder man könnte endlich auch der Wittwe, soweit sie mit Stiefkindern zusammentreffe, das volle Eigenthum, soweit sie aber mit eignen Kindern konkurrire, den blosen Nießbrauch zugestehen (vgl. *Koch*, bonor. poss. S. 485 fgg., Schirmer S. 239. Not.). Ich trage kein Bedenken, mich nach den deutlichen Worten des Gesetzes der zweiten der angeführten Ansichten anzuschließen, wornach der Frau der blose Nießbrauch, das gesammte Eigenthumsrecht aber den eignen Kindern der Frau zufällt. Offenbar nämlich geht Justinian davon aus, daß regelmäßig

die Wittwe den blosen Nießbrauch habe, und ihr blos in dem einen Fall das Eigenthum zukomme, wenn sie gar keine eignen Kinder hat, und eben so bestimmt spricht er auch aus, daß, wo die Frau bloses Nießbrauchsrecht habe, blos den eignen Kindern derselben das Eigenthum zustehen solle. Zwar verkenne ich nicht die große Inkonsequenz, zu welcher diese Ansicht hinführt, daß nämlich dadurch die Kinder aus zweiter Ehe eine größere Intestatportion aus dem Vermögen ihres Vaters erhalten, als die Kinder aus erster Ehe; aber ich glaube nicht, daß diese blose Inkonsequenz uns zu einer den Worten nicht entsprechenden Auslegung bestimmen dürfe, und am Wenigsten möchte dies bei einer Novelle Justinian's der Fall sein.

5) Bestritten ist es auch, ob die Wittwe die ihr gebührende Portion als Erbin erhalte? vgl. die bei Glück a. a. O. Angeführten und Arndts S. 698. Soviel versteht sich freilich von selbst, daß, wenn der Mann durch eine letztwillige Verfügung der Wittwe das ihr Zukommende hinterlassen hat, die Art dieser Disposition über das Recht der Frau entscheiden muß, so daß sie darnach bald als Erbin, bald als Legatarin, bald als Beschenkte gilt. Hat aber der Mann keine derartige Disposition getroffen, so nehmen Viele mit besondrer Berufung auf Nov. 53. c. 6. §. 1: „nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege *heres* extiterit“, es als völlig gewiß an, daß man die arme Wittwe als Erbin betrachten müsse, woraus dann gefolgert wird, daß sie nicht von selbst ihren Antheil erwerbe, sondern es dazu einer Erklärung (hereditatis aditio) bedürfe, und also ihr Recht durch ihren früheren Tod völlig vernichtet werde; daß sie nach der Delation nicht aufgehört haben dürfe, arm zu sein, da Armuth der Grund ihrer Erbfähigkeit sei, und Erbfähigkeit bis zum Antritt vorhanden sein müsse; endlich, daß sie auch auf Anwachsungsrecht Anspruch machen könne, nur daß sie freilich dadurch nicht mehr als ¼ aus dem Vermögen ihres Mannes erhalten dürfe. — Ich kann dieser Meinung, so verbreitet sie auch ist, nicht beitreten, und namentlich scheint mir der dafür angezogene Passus der Nov. 53. ganz bedeutungslos zu sein. Faßt man nämlich die hierher gehörigen Worte:

„*ὑποκεῖσθαι τοιούτων πραγμάτων τοῖς τοῦ ἀνδρὸς δανείσμασι κατ' οὐδὲν δυναμένων, πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ*“

in ihrem Zusammenhange auf, so soll durch das *συγκληρ.* offenbar nicht ausgesprochen werden, daß sie eigentliche Miterbin sei, und ihr namentlich die *hereditatis petitio* zustehe, sondern der Gedanke, der hier ausgedrückt werden soll, ist nur der: soweit die Wittwe aus diesem Gesetze eine Quote der Erbschaft erhält, muß sie auch die Schulden des Mannes bezahlen helfen. Auf welchen Titel hin sie diese Quote erhalte, und welches Rechtsmittel ihr zu Gebote stehe, ist hier ganz und gar nicht bestimmt. Sieht man nun von dieser Novelle ab, so scheint Alles dafür zu sprechen, daß die Wittwe nicht als eigentliche Erbin betrachtet, und ihr namentlich nicht die hereditatis petitio zugestanden werden könne. Zunächst möchte ein dringendes Argument für unsre Ansicht schon darin liegen, daß in Nov. 117. c. 5. — und auf dieses Gesetz kommt es doch eigentlich allein an — die beiden Fälle, Scheidung und Tod, durchaus zusammengestellt werden, so daß dasselbe Recht, was die Frau in dem einen Fall hat, ihr auch in dem andren zusteht,

„sancimus *in utroque casu* ex talibus matrimoniis natos filios, legitimos esse, et ad paternam vocari hereditatem, uxorem autem *ex utroque horum casuum* — — — quartam partem ex substantia viri accipere".

Also: die Kinder sollen die Erben sein; die Frau aber soll in beiden Fällen gleichmäßig ¼ aus dem Vermögen des Mannes erhalten. Daß sie nun im Falle der Scheidung dieses Viertheil blos mit einer actio personalis, einer s. g. condictio ex lege, einfordert, kann nicht bezweifelt werden; kann man bei der völligen Gleichstellung beider Fälle im Falle des Todes wohl etwas Anderes annehmen? Dazu kommt, daß nach unsrer obigen Ausführung die Wittwe sehr oft nur Anspruch auf Nießbrauchsrecht erhält, was doch gewiß nicht mit eigentlicher Erbenqualität vereinbar ist. Nimmt man nun endlich auch noch die so nahe liegende Analogie von der Quarta D. Pii hinzu (vgl. Bd. I. S. 471), so möchte wohl die Ansicht als gerechtfertigt erscheinen, daß die arme Wittwe, sofern sie nicht durch letztwillige Disposition ihres Mannes bedacht ist, die ihr gesetzlich zukommende Portion, einerlei ob der Ehemann mit oder ohne Testament verstorben ist, immer nur vermittelst einer persönlichen Klage, einer s. g. condictio ex lege, einfordert. Geht man nun aber von dieser Ansicht aus, so versteht es sich von selbst, daß diese Klage im Augenblicke des Todes des Mannes als nata erscheint, und also auch sogleich auf die Erben der Frau übergeht, ohne daß es einer vorgängigen Willenserklärung derselben (eines Erbschaftsantritts) bedürfte, und eben so folgt daraus, daß eine später eintretende Wohlhabenheit der Frau unmöglich das wohlerworbene Recht derselben affiziren kann, so wie denn auch von einem Anwachsungsrechte keine Rede sein darf, sondern der Frau stets nur die Portion gebührt, die ihr im Augenblicke des Todes des Mannes zustand. Daß die Wittwe doch zur Bezahlung der Erbschaftsschulden pro rata zugezogen werden kann (sofern sie nämlich Eigenthümerin des Viertheils oder der Virilportion ist), verträgt sich mit dieser Ansicht recht gut, und da sie in jedem Falle die Intestatportion der eigentlichen Erben schmälert, wenn sie auch nicht selbst wahre Intestaterbin ist, so läßt es sich auch vollkommen rechtfertigen, wenn bei Berechnung des Pflichttheils der Kinder auch auf die Portion der armen Wittwe Rücksicht genommen wird (s. oben §. 475. Anm.). Vgl. auch Sintenis a. a. O.

III. Von dem Pflichttheilsrecht des parens manumissor. (Vgl. oben §. 423). §. 489.

Fünftes Kapitel.

Von Aufhebung der Delation.

I. Von den Gründen der Aufhebung.

A) Uebersicht. §. 490.

B) Insbesondre.

1) Von Aufhebung der Delation durch den Tod des Delaten — s. g. Transmissionsfälle. §. 491.

Thibaut, Versuche II. 7, Marezoll in der Gieß. Zeitschr. II. S. 54 fgg., Steppes, die Transmission der Erbsch. nach röm. Rechte. München 1831, Buchholtz, jur. Abhh. S. 27 fgg., Mayer, Erbr. I. S. 309 fgg., Roßhirt, testam. Erbrecht II. S. 191 fgg., Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm. XLIII. S. 143 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 204, Heimbach in Weiske's Rechtslex. XI. S. 511 fgg., Vering S. 502 fgg., Tewes II. S. 56 fgg. — Vgl. auch Northoff in G. Z. n. F. XXI. S. 97 fgg., Lassalle, röm. Erbr. S. 368 fgg.

1) *Theodos* et *Valentinian* l. 18. §. 1. C. de jure delib. (6, 30): Sed si hoc parens neglexerit [sc. adire infantis hereditatem], et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta jure patrio quasi jam infanti quaesita capere. (Dat. 426).

2) *Iidem* l. un. C. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt (6, 52): Per hanc jubemus sanctionem, in

posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas si tamen hereditatem non recusant, nulla hujusmodi praescriptione obstante, sibi tanquam debitam vindicare; quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet: si quidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum. (Dat. 450). — Vgl. über die hier eingeführte s. g. *transmissio Theodosiana* außer den oben angeff. Schriften über Transmission noch insbesondre: *Niemeyer*, de transm. Theod. Hal. 1812, *Diehl*, de transm. Theod. Heidelb. 1814, Löhr im ziv. Arch. II. S. 122 fgg., Löbenstern in der Gieß. Zeitschr. IX. S. 198 fgg., Vangerow im ziv. Arch. XXV. S. 439 fgg., Löhr in Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 105 fgg., Huschke ebendas. IX. S. 53 fgg., *Wolff*, de transmiss. Theodos. Marb. 1853. Vgl. auch Seuffert's Archiv II. Nr. 311, V. Nr. 33, VI. Nr. 233, VII. Nr. 70, XV. Nr. 273, prakt. Arch. II. S. 504 fgg.

8) *Justinian.* l. 19. C. de jure delib. (6, 30): Quum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adjectis, quae in hujusmodi personis praecipua sunt, eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in suam successionem transmittat,

ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et sic quidem is, qui sciens hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum esse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renunciandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem instanti annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur. (Dat. 529). — Vgl. über diese s. g. *transm. Justinianea* außer den oben Angeff. auch noch meine Abh. im civ. Archiv XXIV. S. 153 fgg., Wieding, die Transmission Justinian's. Leipz. 1859, und s. auch Seuffert's Arch. XIII. Nr. 46, XIV. Nr. 242.

4) *Idem* l. un. §. 5. C. de caduc. toll. (6, 51): Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur: exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur, iis nihilo minus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.

2) Von Aufhebung der Delation durch Repudiation. §. 492.

Dig. XXIX. 2. de acquirenda vel omittenda hereditate; Cod. VI. 19. de repudianda bonorum possessione, VI. 31. de repudianda vel abstinenda hereditate. — Mühlenbruch XLIII. S. 103 fgg.

1) *Ulp.* l. 13. pr. h. t.: Is qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset; ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit conditio, et si in arbitrium collata est. Vgl. auch l. 4. eod. (»Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire«), l. 18. eod., l. 3. de R. J. (»Ejus est [non] nolle, qui potest velle«).

2) *Paul.* (libr. III. Decretorum) l. 97. h. t.: Clodius Clodianus facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est; Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire; dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronunciavit, Clodianum intestatum decessisse. Vgl. Mühlenbruch XXXVIII. S. 466 fgg., XLIII. S. 109 fg., Francke im ziv. Arch. XIX. S. 202 fgg., Sintenis III. §. 201. Anm. 7, Bähr, Anerkennung S. 196 fg., Du Chesne in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwaltung. Bd. XV. S. 311 fgg.

II. Von den Folgen der Aufhebung.

A) Uebersicht. §. 493.

B) Insbesondere vom Anwachsungsrechte.

Cod. VI. 10. quando non petentium partes petentibus adcrescant, VI. 51. de caducis tollendis. — *Duaren.*, de jure accrescendi libri II. in opp. p. 1075 sqq., *Sc. Gentilis,* de jure accrescendi, in opp. I. p. 175 sqq., *Donell.*, comm jur. civ. lib. VII. c. 12. 13, *Rossberger*, jus accrescendi ex fontib. jur. Rom. genuinis illustratum. Lips. 1827, Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben nach röm. Rechte. Tüb. 1829, Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentar. und gesetzl. Erbrechte und bei Legaten und Fideikommissen. Tüb. 1835, Witte in Weiske's Rechtslex. I. S. 270 fgg., Mühlenbruch XLIII. S. 243 fgg., *Machelard,* diss. sur l'accroissement entre les héretiers testamentaires et les colégataires aux diverses epoques du droit Romain; in der Revue histor. tom. III. (1857) p. 161. 305. 401, tom. IV. (1858) p. 1. 109. 309. 421. 545, tom. VI. (1860) p. 5. 193, Dworzak, Beiträge zur Lehre vom jus accrescendi. Wien 1861. (auch in Haimerl's östreich. Vierteljahrsschr. VIII. S. 1 fgg.), *Glasson,* du droit d'accroissement entre co-héritiers et entre co-légataires. Strasb. 1862, Vering S. 519 fgg., Tewes II. §. 58 fg. Vgl. auch K. A. Schneider, das altzivile und Justinian. Anwachsungsrecht bei Legaten und die kadukarischen Bestimmungen der lex Julia et Papia. Berl. 1837, Baron, Gesammtrechtsverhältnisse. Marb. 1864. S. 420 fgg.

1) Allgemeine Grundsätze über A. R. §. 494.

Anm. Die römischrechtliche Idee von direkter Universalsuccession bringt es von selbst mit sich, daß der Delat, dazu bestimmt, die gesammte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen in sich aufzunehmen, einen Anspruch auf die gesammte Erbschaft erhält, welcher nur durch den gleichen Anspruch der Mitberufenen beschränkt wird. Dabei ist es auch gleichgiltig, ob etwa der Erblasser den Delaten auf einen bestimmten Theil einsetzte, oder ob er ihn unbestimmt instituirte, und wenn also z. B. Jemand auf ¼ zum Erben eingesetzt ist, so bekommt er, falls es an Mitberufenen fehlt, eben so gut die ganze Erbschaft, wie wenn er ohne Theilbestimmung instituirt wäre (S. 160. lit. b.). Mit andren Worten, bei direkter Universalsuccession gilt durchgreifend die Regel: *partes solo concursu fiunt*, eine Regel, welche mit Rechtsnothwendigkeit zum Anwachsungsrechte hinführt. Sind nämlich mehrere Mitberufene vorhanden, und einer derselben erwirbt die angetragene Portion nicht, so fällt ja damit die Schranke hinweg, welche dem Gesammtanspruch der Uebrigen allein entgegensteht, und von selbst muß sich also die Portion derselben um die ausfallende Portion vergrößern, worin eben das Wesen des Anwachsungsrechts besteht. Geschieht übrigens der Ausfall, ehe noch einmal den Uebrigbleibenden deferirt ist, indem z. B. die Einsetzung des einen Erben für nicht geschrieben gilt oder derselbe noch bei Lebzeiten des Erblassers verstirbt u. dgl. m., so kommen zwar ähnliche Erscheinungen vor, aber von einer eigentlichen Anwachsung kann keine Rede sein. Am augenscheinlichsten tritt die Richtigkeit dieser Begriffsbeschränkung bei der Intestaterbfolge hervor, aber offenbar muß ganz dasselbe auch bei der testamentarischen Erbfolge angenommen werden, obwohl dies von Manchen in Abrede gestellt wird, vgl. z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 246 fgg., Sintenis III. §. 203. Anm. 1, Dworzak S. 22 fg. u. A. m.

Sehen wir nun zunächst noch ganz von den besondren Grundsätzen des A. R. ab, welche bei der gesetzlichen und bei der letztwilligen Erbfolge gelten, so sind hier insbesondre folgende Punkte hervorzuheben:

1) Da das A. R. die nothwendige Folge eines höheren Prinzips ist, so versteht es sich von selbst, daß dasselbe insoweit unabhängig ist von dem Willen des Erblassers. Zwar kann dieser es mittelbar durch Anordnung von Substitutionen ausschließen, und auch auf die besondre Gestaltung des A. R. bei testamentarischer Erbfolge ist der Wille des Erblassers nicht ohne Einfluß (§. 496), aber die blose Erklärung desselben, es solle kein A. R. Statt finden, ist absolut nichtig. Wenn doch Manche annehmen, daß eine solche Erklärung doch wenigstens als stillschweigendes Universalfideikommiß für die Intestaterben aufrecht erhalten werden müsse, so läßt sich dies schwerlich rechtfertigen, denn die stillschweigende Anordnung eines Fideikommisses ist nicht schon dann anzunehmen, wenn es nur gewiß ist, daß der Erblasser Jemanden einen Theil der Erbschaft zubachte, sondern nur dann, wenn er diesen Theil gerade als Fideikommiß hinterlassen wollte.

2) Eben so unabhängig ist auch das A. R. von dem Willen des Erben. Dieser muß sich das Anwachsen gefallen lassen, und gleichwie es unmöglich ist, daß Jemand seine ursprünglich ihm zugewiesene Portion zum Theil annehme,

zum Theil ausschlage, eben so unthunlich ist es, die ursprüngliche Portion annehmen, die anwachsende aber ausschlagen zu wollen, l. 35. pr., l. 53. §. 1. de acq. v. om. her. (29, 2), l. 59. §. 7. de hered. inst. (28, 5), l. un. §. 10. C. de cad. toll. (6, 51).

3) Hiermit hängt zusammen, daß die Anwachsung ipso jure geschieht, und es keiner besondren Antretung der anwachsenden Portion bedarf, l. 31, l. 76. pr. de acq. v. om. her., l. 2. §. 8. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), l. un. §. 10. C. de cad. toll.

4) „Portio portioni accrescit", d. h. wenn ein Erbe nach Erwerbung der Erbschaft gestorben ist, und hierauf ein Miterbe wegfällt, ohne angetreten zu haben, so tritt die Anwachsung auch in der Person der Erbeserben ein, l. 26. §. 1. de cond. et dem. (35, 1), l. 9. de suis et legit. (38, 16), l. un. §. 10. C. de cad. toll., cf. l. 33. §. 1. de usufr. (7, 1).. S. oben S. 176.

5) Wenn ein Universalfideikommiß angeordnet ist, und ein Miterbe des Fiduziar hinwegfällt, so ist es auch noch h. z. T. bestritten, wem die anwachsende Portion zu Gute komme, ob dem Fiduziar oder dem Fideikommissar? Die Gesetze, welche man hier anzuführen pflegt, nämlich l. 83. de acqu. v. om. her. (29, 2) und l. 43. ad SC. Trebell. (36, 1) sind gewiß irrelevant, denn die Entscheidung derselben, daß im Falle eines fideicommissum *tacitum* dem Fiduziar kein Anwachsungsrecht zustehe, „quia rem non videtur habere" (l. 83. cit.), und daß im Falle erzwungener Restitution unbezweifelt dem Fideikommissar die anwachsende Portion zu Gute komme (l. 43. cit.), sind ganz unabhängig von unsrer Frage, und müssen ganz dieselben bleiben, mag man der einen oder andern Theorie folgen. Soll nun aber die Frage aus allgemeinen Grundsätzen entschieden werden, so spricht gewiß das Meiste für die Ansicht, daß allerdings dem Fideikommissar ein Anspruch auf die anwachsende Portion zustehe, wenn nicht in einem konkreten Falle ein entgegenstehender Wille des Testators ermittelt werden kann. Das eigentliche Objekt des Universalfideikommisses ist ja die dem Fiduziar zufallende hereditas oder eine Quote derselben, und dazu gehört doch gewiß auch als integrirender Theil die anwachsende Portion, denn diese ist ja nicht als etwas zu der ursprünglichen Portion bloß äußerlich Hinzutretendes, als etwas davon Verschiedenes aufzufassen, sondern Beides ist von Grund aus identisch, und auf Beides gleichwohl erstreckt sich die erste Delation. Ob der Anwachsungsfall vor oder nach der Restitution eintritt, auf welche Unterscheidung Manche nach dem Vorgange der Glosse Gewicht legen wollen, ist aber ganz gleichgiltig, und man muß sich nur ernstlich vor dem Irrthum hüten, als wenn die Anwachsung unmittelbar in der Person des Fideikommissars Platz griffe. Freilich haben dies nicht Wenige (z. B. selbst noch Brinz, Pand. S. 928 fg.) behauptet, indem sie sich auf die mißverstandene Regel: portio portioni accrescit, stützen, aber die ganze bisherige Darstellung beweist zur Genüge, daß die anwachsende Portion zunächst ganz so, wie die ursprüngliche, an den Fiduziar kommt, und nur dieselbe Restitutions-Verbindlichkeit, die in Betreff der ursprünglichen Portion eintritt, auch bei der anwachsenden Platz greift. Vgl. bes. die gründliche Ausführung von Marezoll in Gießer Zeitschr. VI. S. 335 fgg., u. s. auch Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 172 fgg., Jhering,

Abhh. S. 11 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 351 fgg. (welcher hier seine frühere im Lehrb. §. 763. bei Not. 22. vertheidigte Meinung zurücknimmt), Thibaut, Syst. §. 995, Sintenis III. §. 203. Anm. 16, *Glasson* cit. p. 32. u. A. m. Dennoch hat die entgegengesetzte Lehre, wonach die anwachsende Portion bei dem Fiduziar verbleiben soll, wenn nicht ein anderweiter Wille des Testators in dem konkreten Falle erwiesen werde, auch noch h. z. T. zahlreiche Vertheidiger, vgl. z. B. Glück XVI. S. 365, Baumeister a. a. O. S. 121 fgg., Mommsen, Erörtr. aus dem Obligat. R. Heft 1. (1859) S 67 fgg., Wening §. 541. (Ausg. v. Fritz S. 460. Not. x), Schweppe §. 934, Puchta §. 556. not. h. und Vorles. ad h. l., Seuffert §. 642, Göschen §. 1067. u. A. m.

6) Eine ganz ähnliche Frage entsteht bei dem Verkaufe einer Erbschaft. Soviel ist zwar auch hier gewiß, daß die ausfallende Portion niemals unmittelbar dem Käufer anwächst, und wenn doch öfter das Gegentheil behauptet wird, z. B. noch von den Gebr. Overbeck, Meditt. I. No. 8, so hat eine solche Behauptung noch weniger Schein für sich, wie die ähnliche in Betreff des Universalfideikommissars. Die Frage kann vielmehr nur die sein, ob der Verkäufer die, jedenfalls zunächst ihm anwachsende, Portion für sich behalten dürfe, oder ob er vermittelst der actio emti zur Herausgabe derselben gezwungen werden kann? Ich glaube das Letztre, denn ganz so wie bei dem Univ. Fideikommiß ist auch hier die dem Verkäufer zugefallene Hereditas und also gewiß auch die einen integrirenden Theil derselben bildende portio accrescens, Gegenstand der Herausgabe. Daß der Grund der Verpflichtung dort in einer Disposition des Testators, hier in einem Vertrage zwischen dem Erben und dem Käufer liegt, kann bei der Identität des Objekts keinen Unterschied begründen, vgl. auch Klüpfel im ziv. Arch. III. S. 140 fgg., Ihering cit., Mühlenbruch a. a. O. S. 348 fgg., und Lehrb. §. 710. Not. 5, Thibaut §. 995, Sintenis a. a. O., *Glasson* cit. p. 26 sqq. u. A. m. Doch sind auch unter den Neueren Viele a. M., z. B. Glück XVI. S. 341 fgg. und der ihn treulich übersetzende *Rossberger*, jus accr. pag. 201 sqq., Baumeister a. a. O. S. 121, Wening §. 514, Schweppe §. 867, Seuffert §. 584, Göschen §. 957, Mayer, Erbr. I. §. 129. Not. 6, Mommsen a. a. O. S. 72 fgg. u. A. m. und man beruft sich insbesondre dafür auf l. 2. §. 1. de hered. v. act. vend. (18, 4): „Et verius est, hoc esse servandum, quod actum est; plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit *in id tempus, quo venditio fiat*, id videatur venisse", womit man denn auch wohl die allgemeine Interpretationsregel der l. 34. de R. J.: „Semper in stipulationibus et caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, et si non appareat, quid actum sit, — — — ad id, quod minimum est, redigenda summa est" in Verbindung bringt. Hierbei ist aber ein augenscheinliches Mißverständniß nicht zu verkennen. Verbindet man nämlich mit den ausgezogenen Worten der l. 2. cit. die unmittelbar vorhergehenden: „In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, quum aditur hereditas, venundatur, videndum est", und bringt man ferner damit den §. 4. desselben Fragments in Zusammenhang: „non solum, quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est", so ist es offenbar, daß

der Sinn der l. 2. §. 1. cit. nicht der sein kann: das, was nach der Zeit des Verkaufs ex hereditate an den Verkäufer komme, sei nicht zu restituiren — denn das bestimmte Gegentheil lehrt ja derselbe Ulpian in §. 4. —, sondern es soll dort vielmehr nur der Gedanke abgewehrt werden, der Augenblick der Delation oder des Erbschaftsantritts sei der entscheidende. Eben so ungehörig ist auch die Berufung auf l. 34. de R. J., denn danach soll doch primo loco „id quod actum est" berücksichtigt werden, und nur, si id non apparet, kann von einer Reduktion auf das Minimum die Rede sein. Diese Voraussetzung der Reduktion tritt nun aber in unsrem Falle gar nicht ein, denn das id, quod actum est, ist hier ganz gewiß. Der bestimmte Inhalt des Geschäfts ist nämlich die Herausgabe der hereditas, und es muß demnach Alles, was dazu gehört, also gewiß auch die anwachsende Portion herausgegeben werden, wenn nicht eine entgegengesetzte Absicht der Kontrahenten erweislich ist.

7) Hat der Miterbe seinen Antheil wirklich erworben, so kann derselbe nicht mehr Gegenstand eigentlicher Anwachsung sein. Doch kommen hierbei einige Modifikationen in Betracht (vgl. Schmidt v. Ilm., ziv. Abhh. S. 63 fgg., *Puchta*, de accrescente portione ejus, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lips. 1842, auch in dessen kleinen zivil. Schriften Nro. 31. S. 552 fgg.; s. auch ebendas. Nr. 30. S. 545 fgg., *Machelard* cit. tom. III. p. 172 suiv. in d. Not., *Glasson* cit. p. 14 suiv., Bering S. 520 fg.).

a) Wenn ein Suus von dem benef. abstinendi Gebrauch macht, so hat der Miterbe, oder auch dessen Erbe die Wahl, ob er sich die Anwachsung dieser Portion gefallen lassen, oder lieber auch seine ursprüngliche Portion wieder aufgeben will; eine Trennung beider Theile ist nicht gestattet, l. 55. 56. de acq. v. om. hered. Dieses Wahlrecht fällt aber hinweg, wenn der Miterbe die Erbschaft erst erworben hat, nachdem schon der suus heres abstinirt hat, sofern er dies nur wußte oder den Umständen nach wissen konnte, l. 38. eod., und eben so auch dann, wenn die Gläubiger erklären, keine Ansprüche auf die Portion des abstinirenden Suus machen zu wollen, in welchem letztren Falle der Miterbe nach wie vor den Gläubigern nach Verhältniß seiner ursprünglichen Portion haftet, dagegen aber die anwachsende Portion ganz frei behält. Dies ist doch wohl der Sinn der oft mißverstandenen l. 55. cit.: „Si tamen creditores dicant, se contentos ejus esse portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio (scil. ut aut totam hereditatem agnoscat, aut a toto recedat), et alterius parte abstinere se creditores debent, ut ejus actiones ei, qui convenitur, dentur". Namentlich ist nicht wohl einzusehen, wie Baumeister S. 131. das *ejus portione* auf den Antheil des abstinirenden Suus beziehen kann, indem er dadurch zu ganz unjuristischen Resultaten getrieben wird. Die richtige Erklärung findet sich auch schon in der Glosse ad h. l.; vgl. auch *A. Faber*, error. Pragm. dec. 50. err. 9, Mühlenbruch XLII. S. 367. Anm., XLIII. S. 135, Schmidt a. a. O. S. 79 fgg., Puchta cit. p. 560 sqq.

b) Anders wird der Fall entschieden, wenn ein Erbe sich gegen die Erbschaftsantretung in integrum restituiren läßt. Hier nämlich hat der Miterbe ganz freie Wahl, ob er sich die Anwachsung dieser Portion gefallen lassen, oder sich auf seine ursprüngliche Portion beschränken will, in welchem letztren Falle

die Kreditoren in den ausfallenden Theil immittirt werden, l. 61. de acqu. v. om. her. („Si minor annis, posteaquam ex parte heres extitit, in integrum restitutus est, D. Severus constituit, *ut ejus partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur*"), vgl. auch l. 98. eod. (verb.: „et maluisset *integra* hereditaria onera subire"). Wenn ungeachtet dieser m. E. ganz unzweideutigen gesetzlichen Aussprüche doch Manche im Falle der in integrum restitutio ganz dasselbe annehmen wollen, was nach dem bei lit. a. Bemerkten im Falle der Abstention gilt, vgl. z. B. *Averan.*, interpret. jur. lib. I. c. 9. nr. 49. 50, Schmidt a. a. O. S. 86 fgg., Mühlenbruch XLIII. S. 137 fgg.: so ist dieses um so weniger zu billigen, da auch gute innere Gründe eine verschiedene Behandlung beider Fälle vollkommen rechtfertigen; vgl. Puchta a. a. O. S. 548 fgg. S. 556 fgg. — Gewiß wird aber auch hierbei vorausgesetzt, daß der Miterbe in dem Augenblicke des Erwerbs von der in integrum restitutio des Andren nichts wußte, arg. l. 38. eod.

c) Gewisser Maaßen gehört hierher auch der Fall der Nov. 1. c. 1. 2. Wenn nämlich ein Erbe die Entrichtung von Vermächtnissen verweigert, oder gegen den Willen des Erblassers die Falzidische Quart abziehen will, so soll ihm die Erbschaft entzogen werden, und dieselbe in einer gesetzlich bestimmten Reihenfolge an gewisse Personen deferirt werden, unter denen sich auch die Miterben befinden (vgl. oben S. 198 fgg.). Daß es in diesem Falle von dem Willen des Miterben abhängt, ob er sich diesen Zuwachs gefallen lassen will, scheint unzweifelhaft (S. 201. Nr. 3), aber genauer betrachtet, gehört diese ganze Bestimmung nicht so wohl in die Lehre von dem Anwachsungsrechte, als vielmehr in die Lehre von den Indignitätsfällen.

2) Anwachsungsrecht bei Intestaterbfolge. §. 495.

Baumeister a. a. O. S. 11 fgg., Mayer a. a. O. S. 221 fgg., Witte a. a. O. S. 275 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 270 fgg. — Ueber mehrere hier einschlägige Fragen ist schon früher ausführlich gehandelt worden, vgl. §. 420. Anm. und §. 421. Anm.

3) Anwachsungsrecht bei testamentarischer Erbfolge. §. 496.

Anm. 1. Ueber die, in die Lehre vom Anwachsungsrechte bei testamentarischer Erbfolge so tief eingreifenden Vorschriften der lex Julia et Papia Poppaea über die caducorum vindicatio, vgl. Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. VI. No. 6, Francke, Beiträge S. 112 fgg., Baumeister a. a. O. S. 74 fgg., Mayer a. a. O. S. 176 fgg., Ders., Erbrecht Bd. I. §. 27. Anm. 2. (S. 71 fgg., Schneider a. a. O. S. 91 fgg., Huschke in Richter's krit. Jahrb. für 1838. S. 314 fgg., Witte a. a. O. S. 304 fgg., *Machelard* cit. chap. II. §. 2. (t. IV. p. 109 suiv.), *Glasson* p. 54 suiv. — Es ist eine für die Auslegung vieler Pandekten-Fragmente sehr wichtige Frage, ob zur

Zeit der Pandekten-Kompilation die caducorum vindicatio noch praktisches Recht gewesen sei? Da die l. un. C. de caduc. toll. (6, 51) erst nach der Publikation der Pandekten erlassen ist, so nimmt Mayer, Anwachsungsr. S. 186 fgg. keinen Anstand, dieselbe zu bejahen, aber er hat bei dieser Behauptung die Aeußerung Justinian's in l. 2. (const. Tanta) §. 6, und l. 3. (const. Δέδωκεν) §. 6. C. de vet. jure enucl. (1, 17) übersehen, wo der Kaiser so deutlich, wie möglich sagt, daß auf sein Geheiß von den caduca nichts in die Pandekten aufgenommen sei („sed in his nihil de caducis a nobis memoratum est"), weil es für die glückseligen Zeiten seiner Regierung nicht mehr passe, Schneider a. a. O. S. 236 fgg. Wenn deßungeachtet Mayer, Erbr. S. 81 fgg. auch noch jetzt seine frühere Meinung vertheidigt, indem er jene Aeußerungen des Kaisers so auffassen will, er beabsichtige die Kaduzität aufzuheben, und habe deßhalb keinen eignen Titel darüber in die Pandekten-Kompilation aufnehmen lassen: so muß ich dies für völlig unzulässig halten. Vielmehr war gewiß schon vor der l. un. C. de caduc. toll. das ganze Recht der Kaduzität vollständig aufgehoben, und jenes Gesetz war wesentlich nur dazu bestimmt, die durch jene Aufhebung herbeigeführte neue Gestaltung der Dinge näher zu bestimmen, was freilich um so nöthiger war, da Justinian keine reine Wiederherstellung des jus antiquum beabsichtigte, sondern nicht unbeträchtliche Modifikationen desselben einführte; vgl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 335 fgg.

Anm. 2. Von entschiedenem Einflusse auf das Anwachsungsrecht ist eine von dem Erblasser ausgehende Konjunktion mehrerer Honorirten, indem durch dieselbe bei Legataren überhaupt erst ein Anwachsungsrecht begründet, bei Erben wenigstens ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung herbeigeführt wird. Es sind aber zwei Arten von Konjunktion scharf zu trennen.

1) Die eigentliche wahre conjunctio. In diesem Sinne sind mehrere Erben dann conjuncti, wenn sie sämmtlich auf dieselbe Quote in der Weise eingesetzt sind, daß sie in Beziehung auf diesen Theil allen übrigen Erben gegenüber gleichsam eine Person bilden, obwohl sie unter einander sich gegenseitig beschränken. Mit andren Worten, wie sämmtliche zusammenberufene Erben in Beziehung auf die ganze Erbschaft vermöge Rechtssatzung conjuncti sind, so kann durch den Willen des Testators eine speziellere conjunctio unter einigen Erben in Beziehung auf eine einzelne Quote geschaffen werden, so daß dann diese Verbundenen in einem ähnlichen Verhältnisse zu einander und zu den übrigen Erben stehen, wie bei der Intestaterbfolge die in einem Stamme zusammen Berufenen. — Die Anwendung dieses Begriffs auf mehrere Legatare macht sich von selbst. Collegatarii conjuncti sind danach nämlich dann vorhanden, wenn Mehreren eine und dieselbe Sache in solcher Weise hinterlassen ist, daß Jeder sie ganz erhalten soll, sofern nicht die Konkurrenz des Andren eine Theilung nöthig macht. Vgl. l. 80. de legat. III:

> „Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est, totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri".

Ein Konjunktions-Verhältniß dieser Art kann nun natürlich durch eine

ausdrückliche umschreibende Erklärung des Erblassers herbeigeführt werden; aber es bedarf deren keineswegs, sondern es wird dasselbe auch stillschweigend durch die Art und Weise der Berufung begründet, und in dieser Rücksicht sind wieder zwei Unterarten der conjuncti zu unterscheiden:

a) Die *re et verbis conjuncti.* Diese sind dann vorhanden, wenn mehrere Erben (oder Legatare) in demselben Satze zu derselben Erbschaftsquote (oder zu derselben Sache) berufen sind, ohne Zufügung einer Theilbestimmung:

> Paulus in l. 142. de V. S.: „Triplici modo conjunctio intelligitur, aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum. Nec dubium est, quin conjuncti sint, quos et nominum et rei complexus jungit, veluti: *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto,* vel ita: *Titius Maeviusque heredes sunto,* vel: *Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto.* Videamus autem, ne, etiamsi hos articulos detrahas *et, que, cum,* interdum tamen conjunctos accipi oporteat, veluti: *Luc. Titius, Publ. Maevius ex parte dimidia heredes sunto,* vel ita: *P. Maevius, L. Titius heredes sunto. Sempronius ex parte dimidia heres esto,* ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam, *et re et verbis conjuncti videantur*".

Vgl. auch §. 8. J. de legat. (2, 20), l. 59. §. 2. de hered. inst. (28, 5), l. 36. §. 2. de legat. I., l. 40. de usu et usufr. leg. (33, 2). Daß eine solche re et verbis conjunctio auch durch Zusammenfassen mehrerer Honorirten unter einem Kollektivnamen begründet wird, ist unzweifelhaft, l. 11, l. 13. pr. de hered. inst., l. 7. de usufr. accresc. (7, 2), und es läßt sich nicht wohl einsehen, wie Schneider S. 269. gegen diese klaren Gesetze und mit bloser Berufung auf den unbeweisenden §. 87. der Vatik. Fragm. (vgl. darüber Mayer, Anwachsungsr. S. 120 fgg.) das Gegentheil behaupten kann.

b) Die *re conjuncti.* Was zunächst Legatare anbelangt, so sind diese dann re non etiam verbis conjuncti, wenn ihnen eine und dieselbe Sache in verschiedenen Sätzen („separatim, disjunctim") hinterlassen ist.

> *Paulus* in l. 89. de legat. III: „Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur"; §. 8. J. de legat. (2, 20): „Disjunctim (legatur) ita: *Titio hominem Stichum do lego, Sejo Stichum do lego.* Sed et si expresserit: *eundem hominem Stichum,* aeque disjunctim legatum intelligitur". — Gai. II. 199: „disjunctim ita: *Lucio Titio hominem Stichum do, lego; Sejo eundem hominem do, lego*". Vgl. auch l. 1. §. 3. de usufr. accresc. (7, 2) (Vatic. fragm. §. 77).

Wendet man diesen Begriff auf Erbeinsetzungen an, so sind heredes re conjuncti dann vorhanden, wenn mehrere in verschiedenen Sätzen auf eine und dieselbe Quote in der Weise eingesetzt sind, daß daraus erhellt, sie sollten nicht etwa auf eine andre gleich große, sondern gerade auf dieselbe Quote instituirt sein, und namentlich gehört also dahin der Fall der l. 142. fin. de V. S., wo Paulus unmittelbar nach den vorher ausgezogenen Worten so fortfährt:

„*L. Titius ex parte dimidia heres esto; Sejus ex parte, qua L.*

Titium heredem institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto; Julianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Sejus institutus sit; sed eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos, et conjunctim heredes scriptos esse";

vgl. auch l. 15. de hered inst. (28, 5), wo Ulpian dieselbe Entscheidung des Julian referirt („quod est verius, et ideo conjunctim hos videri institutos"). Zwar will Mayer, Anwachsungsr. S. 63 fgg. und Erbr. I. §. 28. Not. 10, in solchen Fällen vielmehr heredes re et verbis conjunctos annehmen, weßhalb er denn auch eine rein sachliche Verbindung nur bei Legataren, nicht auch bei Erben für möglich hält, aber doch wohl ohne überzeugende Gründe. So wahr es nämlich auch ist, daß für solche Fälle bei Erbeinsetzungen, anders wie bei Legaten, stets eine besondre umschreibende Erklärung des Erblassers erforderlich ist, weil ohnedies andre Deutungen leicht möglich wären: so wenig läßt sich doch auch auf der andern Seite behaupten, daß eine solche Erklärung eine Verbalkonjunktion begründe, denn wir sehen ja aus §. 8. J. de legat. und Gai. II. 199, daß, wenn einmal bei Legaten eine — hier freilich nicht nöthige — ausdrückliche Hinweisung auf die frühere Disposition vorkam („*eundem* hominem"), die Verbindung deßungeachtet noch immer als eine rein sachliche angesehen wurde.

2) Von der bisher betrachteten wahren conjunctio, die immer eine sachliche sein muß, ist die blos wörtliche genau zu unterscheiden. Verbis conjuncti sind nämlich diejenigen Honorirten, die von dem Erblasser zwar in demselben Satze zu derselben Quote oder derselben Sache berufen sind, aber mit Zufügung einer Theilbestimmung, so daß also doch im Grunde jeder der Honorirten von Anfang an auf etwas Anderes gerufen ist, und man niemals sagen kann, daß partes concursu fiunt,

l. 89. de legat. III: „Item verbis, non etiam re [conjuncti videntur]: *Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego*, quoniam semper partes habent legatarii".

Von solchen verbis conjuncti sagt denn auch Pomponius in l. 66. de hered. inst. geradezu, daß sie gar keine eigentlichen conjuncti seien („quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur"), vgl. auch l. 13. pr. eod. — Wenn dagegen Baumeister a. a. O. S. 158 fgg. bes. S. 168 fgg. (welchem z. B. Hunger, Erbr. S. 272 fgg. beitritt) unter verbis conjuncti diejenigen versteht, „die in demselben Satze zur Konkurrenz an einem bestimmten Objekte nach einem auf den Fall ihrer wirklich eintretenden Konkurrenz ausdrücklich festgesetzten Theilungsverhältniß berufen sind", so ist dies gewiß irrig, indem solche Berufene nicht blos verbis, sondern re et verbis conjuncti sind. Da nämlich Jeder derselben dann, wenn die von dem Testator vorgesehene Konkurrenz sich zufällig nicht verwirklicht, das ganze Objekt erhalten soll, so ist augenscheinlich eine sachliche Verbindung vorhanden, indem Jeder zu dem Ganzen gerufen, und nur durch die Konkurrenz der Andren beschränkt ist; und da nun überdies dieselben in einem Satze gerufen sind, so ist es klar, daß sie auch

verbis conjuncti sind. Daß der Testator für den Fall der wirklichen Konkurrenz Theile bestimmt hat, ist etwas ganz außerwesentliches, welches den Begriff von re et verbis conjuncti nicht alteriren kann. In der That sieht man denn auch leicht, daß Baumeister's Begriff weder mit dem von Paulus in l. 89. cit. gegebenen Beispiele, noch auch, und zwar noch viel weniger, mit dem da vorkommenden Beisatz, quoniam *semper* partes habent legatarii zusammen stimmt. Vgl. auch Schneider a. a. O. S. 265 fgg.

Noch ist hier, was die Terminologie der Konjunktionen anbelangt, folgende Bemerkung beachtenswerth. Bei Legaten wird der Gegensatz zwischen collegatarii re et verbis conjuncti und collegatarii re conjuncti stets durch die Worte *conjunctim* und *disjunctim* (wofür auch hier und da *separatim* vorkommt) ausgedrückt, Gai. II. 199. 205. 215. 223, Ulp. XXIV. 12. 13. §. 8. de legat. (2, 20), l. 33. pr. de legat. I, und an eine Mißdeutung war nicht zu denken, da doch immer die Identität des Objekts angedeutet wurde, so daß also die sachliche Verbindung klar war, und es sich nur darum handelte, ob die so sachlich Verbundenen auch in einem Redesatz verbunden, oder in verschiedenen Sätzen vom Testator genannt waren. Anders dagegen bei Erbeinsetzungen; hier ist *conjunctim* der technische Ausdruck nicht nur für die heredes re et verbis conjuncti, sondern ganz eben so auch für die heredes re conjuncti, woraus denn von selbst hervorgeht, daß hierbei *disjunctim* oder *separatim* das Nichtdasein aller sachlichen Verbindung andeutet. Bewiesen wird dieser abweichende Sprachgebrauch bei Erbeinsetzungen durch l. 15. de hered. inst. und l. 142. fin. de V. S., wo für heredes re tantum conjuncti gerade der Ausdruck conjunctim als technischer vorkommt, und ein innerer Grund für diese verschiedene Sprachweise liegt darin, weil bei Erbeinsetzungen auch nicht das mindeste Bedürfniß vorhanden ist, zwischen re et verbis und re conjuncti zu unterscheiden, sondern hier Alles blos auf sachliche Verbindung ankommt, und es also völlig genügend ist, durch Kunstausdrücke die sachlich Verbundenen von denjenigen zu unterscheiden, die dies nicht sind. Um diesen Gegensatz anzudeuten, waren dagegen bei Legaten keine besondren Kunstausdrücke nöthig, denn mehrere Legatare, die gar nicht sachlich verbunden, sondern zu verschiedenen Objekten gerufen sind, stehen (abgesehen von der caducorum vindicatio) in gar keinem juristischen Verhältnisse, und sind gar nicht als eigentliche *col*legatarii anzusehen; deßhalb verstand sich denn hier, wenn von irgend einer Verhältnißbestimmung zwischen collegatarii die Rede war, die sachliche Verbindung von selbst, und es war blos nöthig, die beiden möglichen Formen dieser Verbindung durch technische Ausdrücke zu unterscheiden, weil gerade bei Legaten hiervon etwas abhing (z. B. bei dem legatum per damnationem, vgl. Gai. II. 205, Ulp. XXIV. 13).

Anm. 3. In Betreff des Anwachsungsrechts bei testamentarischer Erbfolge läßt sich zwar im Allgemeinen ähnlich so, wie bei der gesetzlichen Erbfolge, der Grundsatz aufstellen, daß die Portion des Wegfallenden so vertheilt wird, wie wenn derselbe gleich anfänglich gar nicht berufen worden wäre. Im Einzelnen sind jedoch hier folgende Sätze wichtig:

I. Fällt ein Miterbe hinweg, welcher keinen conjunctus hat, so fällt dessen

Portion allen übrigen Miterben pro portione hereditaria zu, l. 59. §. 3, l. 63, l. 66. de hered. inst. (28, 5), l. un. §. 10. C. de caduc. toll. (6, 51).

II. Wenn der weggefallene Erbe mit Andren conjunctus war, so fällt seine Portion blos an die übrigen conjuncti, und zwar sind hierunter nicht blos re et verbis, sondern auch blose re conjuncti verstanden, während dagegen die blosen verbis conjuncti keinen Anspruch auf vorzugsweises Akkresziren haben, vgl. z. B. *Goeschen*, obss. jur. Rom. pag. 99 sqq., Dess. Vorles. Bd. III. §. 972, Zimmern in seinen und Neustetel's römischrechtl. Unters. No. 4. (S. 89 fgg.), Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 312 fgg., Lehrb. §. 789, Wening, Lehrb. Buch V. §. 187, Schweppe §. 879, Arndts §. 518, Sintenis III. §. 203. Anm. 14, Brinz S. 830, Keller §. 486, *Machelard* cit. t. III. p. 167 suiv., t. VI. p. 25 suiv., Dworzack a. a. O. S. 42 fgg., *Glasson* p. 47 suiv., p. 67 suiv., Vering S. 524 fg., Tewes II. S. 86 fgg. Diese Sätze sind aber freilich auch noch h. z. T. durchweg bestritten, indem 1) Viele nur den re et verbis conjunctis ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung einräumen wollen, vgl. z. B. Thibaut im civ. Arch. VII. No. 21, System §. 995. und Braun's Erörtr. S. 765 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. Bd. II. §. 165. (S. 326 fgg.), Seuffert III. §. 593, Valett §. 1089, Mackelbey §. 699. — 2) Andre machen dagegen Alles von der verbis conjunctio abhängig, einerlei, ob auch eine sachliche Verbindung vorhanden sei, oder nicht, während den blosen re conjuncti alles Vorzugsrecht abgesprochen wird, vgl. z. B. Gans, Erbr. II. S. 426 fgg., Rudorff in der Zeitsch. für gesch. Rechtsw. VI. S. 426 fgg., Mayer, Anwachsungsr. S. 215 fgg., Ders. Erbr. I. §. 29, Witte in Weiske's Rechtsler. I. S. 312. — 3) Wieder Andre endlich wollen den conjunctis jeder Art, also auch den blos re und den blos verbis conjunctis ein Vorzugsrecht bei der Akkretion zugestehen, vgl. z. B. Baumeister, Anwachsungsr. §. 22—25. (S. 185 fgg.), Hunger, Erbr. S. 506 fgg., Huschke in Richter's Jahrb. 1838. S. 327 fgg. — Im Gegensatz zu diesen verschiedenen andren Meinungen geht nun also unsere Ansicht dahin, daß zwar allerdings nicht blos den re et verbis conjunctis, sondern auch den re tantum conjunctis vorzugsweise akkreszirt, daß aber die verbis tantum conjuncti auf ein solches Vorzugsrecht keinen Anspruch machen könnten. Diese beiden Sätze sind jetzt zu beweisen.

A) Auch den *re tantum conjunctis* steht ein vorzugsweises Anwachsungsrecht zu. Die innere Konsequenz dieses Satzes ist nicht zu bezweifeln, wenn man nur zugiebt, wie man gewiß muß, daß sich in solcher Ausdrucksweise entschieden die Absicht des Testators ausspricht, es solle jeder Einzelne der so Verbundenen den übrigen Erben gegenüber einen Anspruch auf die ganze ihnen zugetheilte Erbschaftsquote haben, und sie sich nur unter einander beschränken. Anders faßt freilich Gans a. a. O. dieses Verhältniß auf, denn er meint, daß „zwei Erben, die zu einem Theile gerufen seien, sich in keiner Weise näher gebracht würden, und daß also z. B. zwei Erben, die zu einem Zwölftel eingesetzt seien, gar nichts Gemeinschaftliches' hätten, was sie von andren Erben unterscheide, denn diese Einsetzung bedeute weiter nichts, als daß jeder für sich, und ganz unabhängig vom Anderen, auf $\frac{1}{24}$ eingesetzt sei"!! Eben so wenig möchte auch die Argumentation Thibaut's a. a. O. zutreffend sein, wonach

den re conjunctis das Vorzugsrecht abgesprochen wird, „weil alle Miterben schon an sich re conjuncti seien, und es also rein unmöglich sei, auf das re conjunctus est für Einen der Miterben ein besondres Gewicht zu legen. Setze also z. B. der Testator den A. auf die Hälfte ein, so gelte A. an sich als heres ex asse. Fahre nun das Testament fort: B. soll auf ¼ mein Erbe sein; auf eben dieses ¼ setze ich auch den C. ein: so sei hier B. re conjunctus des A., weil er durch seine Konkurrenz den A. auf die Hälfte einschränke, und aus gleichen Gründen sei wieder C. ein re conjunctus des B. und des A. Wenn also B. wegfalle, so könne C. nicht als dessen re conjunctus einen Vorzug vor A. verlangen, indem der A. ebenfalls re conjunctus des B. sei" (Arch. a. a. O. S. 410 fgg.). Man muß es unbedingt zugeben, daß sämmtliche Miterben vermöge Rechtssatzung re conjuncti in Betreff der gesammten Erbschaft sind — woraus ja eben hervorgeht, daß auch sämmtliche Miterben an sich einen Anspruch auf Anwachsungsrecht haben —; aber es läßt sich nicht einsehen, warum nicht noch daneben durch den Willen des Erblassers eine speziellere re conjunctio für eine einzelne Quote der Erbschaft angenommen, und darauf ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung in Betreff dieser Quote begründet werden könne. Daß dieses nun auch wirklich die Ansicht der römischen Juristen war, geht wohl schon daraus hervor, daß dieselben bei Legaten anerkannter Weise den re tantum conjunctis ein Anwachsungsrecht einräumten, und dieselben Gründe, die bei Vermächtnissen überhaupt ein Anwachsungsrecht herbeiführen, müssen bei Erbeinsetzungen ein Vorzugsrecht begründen, indem, wie dort in Betreff der Anwachsung überhaupt, so hier in Betreff des Vorzugsrechts bei der Anwachsung der Wille des Erblassers allein entscheidet. Spezieller erhellt dies aber noch aus l. 59. §. 3. de hered inst., wonach derjenige, *qui cum aliquo conjunctim institutus est* ein ausschließliches Anwachsungsrecht auf die Portion des weggefallenen conjunctus geltend machen darf, vgl. auch l. 20. §. 2. eod. In diesen Stellen unter dem heres conjunctim institutus mit Thibaut ausschließlich einen re et verbis conjunctus verstehen zu wollen, erscheint als unzulässig, wenn man den durch l. 15. de hered. inst. und l. 142. fin. de V. S. bewiesenen Sprachgebrauch bei Erbeinsetzungen beachtet, und nicht willkürlich darauf die bei Legaten geltende Terminologie überträgt (vgl. die vorherg. Anm. a. E.). Mit der hier vertheidigten Meinung steht auch die l. un. §. 10. C. de caduc. toll. (6, 51) gewiß nicht in Widerspruch. Danach nämlich soll „si coheredes sunt omnes conjunctim, vel omnes disjunctim vel instituti vel substituti" die Portion des Wegfallenden sämmtlichen Miterben akkresziren. Seien aber Einige „conjunctim", Andre „disjunctim" eingesetzt, und es falle Einer der conjuncti hinweg, so wachse dessen Portion blos den andren conjunctis zu, während wenn die Portion eines disjunctus ausfalle, dieselbe allen übrigen Miterben, sowohl den disjunctis, als den conjunctis anwachse. „Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem *propter unitatem sermonis* quasi in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant, disjuncti vero ab ipso testatoris *sermone apertissime sunt discreti*, ut suum quidem habeant, alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant". Thibaut will natürlich auch in

dieser Stelle bei dem heres conjunctim institutus nur an eine re et verbis conjunctio denken, und er glaubt dazu um so mehr berechtigt zu sein, theils weil der Kaiser in dem folgenden §. 11. — wo er von dem Anwachsungsrechte bei Legaten handelt — ganz entschieden diesen Sprachgebrauch befolge, und man also gewiß auch in dem vorhergehenden Passus keine andre Bedeutung derselben Worte supponiren dürfe, theils weil in den vorher ausgezogenen Schlußworten des §. 10. deutlich genug auf das Dasein einer verbalen Konjunktion hingedeutet werde (propter unitatem sermonis). Erwägt man aber, daß die Terminologie des *conjunctim* und *disjunctim* aus in der Natur der Sache liegenden Gründen bei Erbeinsetzungen und bei Vermächtnissen eine verschiedene ist (Anm. 2. a. E.), so fällt das erste Argument von selbst zusammen, und auch auf das zweite Argument wird man kein Gewicht legen können, wenn man bedenkt, daß das Berufen mehrerer Erben zu einer und derselben Erbschaftsquote gar nicht ohne ein sprachliches Zusammenfassen möglich ist (s. oben S. 320.), und also Justinian auch bei der blosen re conjunctio unter Miterben recht wohl von einer unitas sermonis reden konnte. — Von einer noch mehr abweichenden Erklärung der l. un. §. 10. cit., wonach unter dem heres conjunctim scriptus oder verbis conjunctus, aber auch gerade nur ein solcher zu verstehen sein soll, wird noch gleich nachher gesprochen werden müssen.

B) Die *verbis tantum conjuncti* haben auf vorzugsweises Anwachsungsrecht keinen Anspruch, sondern fällt einer von ihnen hinweg, so wächst dessen Portion allen übrigen Miterben zu. Die zahlreichen Gegner dieses Satzes sind in zwei Klassen zu theilen. Manche glauben nämlich, daß ein Vorzugsrecht der blosen verbis conjuncti völlig konsequent und schon im früheren Rechte begründet sei, und dahin gehören z. B. Gans und Baumeister citt. Andre geben zwar zu, daß die Prinzipien des reinen Anwachsungsrechts nicht zu einem solchen Vorzugsrechte hinführen könnten, und ein solches auch im alten Rechte nicht anerkannt gewesen sei, glauben aber, daß Justinian in der l. un. C. de caduc. toll. dasselbe eingeführt habe, indem er dort das jus antiquum und das jus caduc. vindic. mit einander verschmolzen habe, und zu den Vertheidigern dieser Ansicht gehören insbesondre Rudorff, Mayer, Witte und Huschke an den angeff. Orten.

1) Die Gegner der ersten Klasse bedürfen nach den vorhergehenden Erörterungen keiner besondren Widerlegung. Geht man nämlich von unsrem oben angedeuteten Begriff von verbis tantum conjuncti aus, so leuchtet von selbst ein, daß ein Vorzugsrecht derselben bei der Anwachsung zivilistisch nicht konstruirt werden kann, und daß auch die römischen Juristen diese Ansicht hatten, geht theils aus ihrer, an einem andren Orte dieser Schrift näher nachzuweisenden Lehre hervor, daß bei Vermächtnissen den legatariis verbis conjunctis alles Anwachsungsrecht abgehe (§. 547. Anm.), woraus für Erbeinsetzungen konsequent das Nichtdasein eines Vorzugsrechts zu folgern ist, theils geradezu aus l. 66. de hered. inst. (28, 5):

„Si ita quis heredes instituerit: Titius heres esto, Cajus et Maevius aequis ex partibus heredes sunto; quamvis et syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, *non alteri soli pars accrescit,*

sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur".

Da Baumeister von einem ganz andren Begriffe von verbis tantum conjuncti ausgeht, so gehört derselbe in der That nur scheinbar zu unsren Gegnern, obwohl doch die von ihm aufgestellte irrige Terminologie die Veranlassung zu einer ganzen Reihe mißlungener Gesetzauslegungen (S. 191 fgg.) geworden ist. In welch' ungehöriger Weise aber Gans die sachliche Verbindung als völlig irrelevant für das Anwachsungsrecht unter Miterben schon a priori deduziren will, wodurch er von selbst dazu kommt, alles Gewicht auf die verbale Konjunktion zu legen, ist schon oben angedeutet worden, und wo möglich noch schlechter sieht es mit seiner Beweisführung aus, daß auch die römischen Juristen seine Ansicht getheilt hätten: Denn nicht nur, daß er l. 17. §. 1. und l. 63. de hered. inst. als schlagende Belegstellen für sich anführt, obwohl darin auch nicht entfernt von verbis conjuncti die Rede ist (vgl. darüber auch unten bei IV), so will er sogar in l. 59. §. 2. eod. einen Beweis für seine Ansicht finden, während darin doch augenscheinlich von re et verbis conjuncti gesprochen ist („Sejus et Maevius heredes sunto"), was Gans nur darum übersehen konnte, weil er die früher freilich öfter angenommene, h. z. T. aber doch wohl glücklicher Weise so ziemlich verschollene Meinung hat, daß zur re et verbis conjunctio die Einsetzung auf eine bestimmt angegebene Erbschaftsquote erforderlich sei. Wenn sich endlich Gans noch auf l. 66. de hered. inst. beruft, so ist schon vorher angedeutet worden, daß darin das direkte Gegentheil steht.

2) Viel scheinbarer ist jedenfalls die Ansicht derjenigen, welche das Vorzugsrecht der verbis tantum conjuncti erst von der Justinianischen l. un. C. de caduc. toll. an datiren, und einen historischen Anknüpfungspunkt mit dem früheren Rechte darin finden, daß es Zweck dieser wichtigen Verordnung gewesen sei, das jus antiquum und das Papische Recht der caducorum vindicatio mit einander zu verschmelzen, und daß dabei, wie in andren Beziehungen so auch in Betreff des Vorzugsrechts der conjuncti, Sätze aus dem Papischen Rechte auf das Akkreszenzrecht herüber getragen worden seien. Daß nämlich bei der caducorum vindicatio wirklich gerade nur die Verbalkonjunktion ein Vorzugsrecht gewährte, während die blos sachliche Verbindung dabei unbeachtet blieb, darf jetzt als gewiß angenommen werden, denn weder die Unterscheidung, auf welche Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Komm. Bd. 40. S. 115. Not. 79. und Lehrb. §. 789. Not. 7. hingedeutet hat, daß dies wohl nur bei Legataren, nicht aber auch bei Erben gegolten habe, noch auch, und zwar noch viel weniger die spätere Behauptung desselben Schriftstellers, Bd. 43. S. 322 fgg., daß die Verbal-Konjunktion auch bei der caducorum vindicatio überhaupt ohne allen Einfluß gewesen sei, lassen sich mit unsren Quellen in Einklang bringen. Danach ließe sich denn freilich leicht denken, daß Justinian sich an diese Begriffe der lex Papia Popaea anschließend, auch bei dem Anwachsungsrecht Alles nur auf die Verbalkonjunktion gestellt, und die blos sachliche Verbindung unbeachtet gelassen habe. — Keinen Falls läßt sich aber doch hieraus mehr, als die blose Möglichkeit, daß dies so habe geschehen können, folgern; ein Beweis, daß dies wirklich so geschehen sei, ist damit auch nicht im Entferntesten geführt.

Sehr unwahrscheinlich muß aber jeden Falls eine solche Aenderung des früheren Rechts schon darum erscheinen, weil diese unverkennbar mit dem Wesen des Akkreszenzrechts, wie dieses im alten Rechte konsequent festgehalten war, in direktem Widerspruch stände, und eine solch' wesentliche Veränderung des Grundprinzips einer Lehre überhaupt nicht, und am Wenigsten in einem Gesetze vermuthet werden darf, welches pomphaft genug die völlige Restauration des früheren, durch die **lex Papia et Poppaea** verunstalteten Rechts als seinen eigentlichen Zweck ankündigt. Da nun auch in den Worten der **l. un. §. 10. de caduc. toll.** durchaus keine Nöthigung zur Annahme einer solchen Aenderung liegt, indem da unter den **heredes** ***conjunctim*** **instituti** recht wohl die sachlich Verbundenen verstanden werden können, ohne daß die Hindeutung auf die **unitas sermonis** dem entgegenstände (s. oben bei **lit. A.**), so scheint es mir nicht zweifelhaft, daß auch noch nach der **l. un. C. de caduc. toll.** die blose **verbis conjunctio** als irrelevant für das Anwachsungsrecht angesehen werden muß.

III. Wenn **re et verbis conjuncti** mit **re tantum conjunctis** zusammentreffen, so wird (ungeachtet des Widerspruchs von Sintenis **III. §. 203.** Anm. **14**) unterschieden werden müssen, ob der **re tantum conjunctus** mit sämmtlichen **verbis conjunctis** zusammen, oder etwa nur mit einem derselben in sachlicher Verbindung steht; im erstren Falle muß gewiß ein Vorzugsrecht der übrigen **re et verbis conjuncti**, im zweiten aber umgekehrt der **re tantum conjuncti** angenommen werden. Sagt also z. B. der Erblasser „**A.** und **B.** sollen meine Erben sein auf ½, **C.** soll mein Erbe sein auf ½; auf was ich den **A.** und **B.** eingesetzt, auf dieselbe Portion setze ich den **D.** ein", so scheint es nicht zweifelhaft, daß, wenn **A.** wegfällt, nur der **B.** auf Anwachsung Anspruch machen kann, vgl. auch **l. 34. pr. de legat. I:** „**Si conjuncti disjunctique commixti sint,** ***conjuncti unius personae potestate funguntur***". Lautete aber in dem vorigen Beispiel die Einsetzung des **D.** so: „auf was ich den **A.** eingesetzt, auf dasselbe soll auch **D.** mein Erbe sein", so würde die Portion des wegfallenden **A.** gewiß nur dem **D.** vorzugsweise anwachsen. Vgl. auch Mühlenbruch **XXIII.** S. 318 fgg., ***Machelard*** **cit. VI. p. 28 suiv.**, Dworzak a. a. O. S. 69 fg., ***Glasson*** **cit. p. 50 suiv.**

IV. Bestritten ist es noch, wie es sich mit dem Anwachsungsrecht verhalte, wenn mehrere Erben ohne Festsetzung bestimmter Theile eingesetzt sind, und Einer von ihnen hinwegfällt. Hierher gehört der Ausspruch Ulpian's in **l. 17. §. 1. 2. de hered. inst.:**

> „**Unde idem tractat, si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit: utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat, sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto, nam quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur. Quod et Celsus libr. XVI. Dig. probat. (§. 2). Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte heredes scripserit, neque hos, neque illos conjunctos**",

und von Javolenus in **l. 63. eod.:**

> „**Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur,**

hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet, sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet“.

An einen Widerspruch dieser beiden Stellen ist nicht zu denken, wenn man nur den in der erstren entschiedenen Fall so auffaßt, daß die zwei ohne Theilbestimmung eingesetzten Erben *separatim* genannt waren, also etwa so: A soll mein Erbe sein zu ½, den B setze ich auf $\frac{5}{12}$ ein, C soll mein Erbe sein, D soll mein Erbe sein. Da nun in diesem Falle die zwei sine parte eingesetzten Erben zusammen zu dem Reste ($\frac{1}{12}$) gerufen werden, und denselben unter sich theilen, da sogar, wenn nur Einer von ihnen eingesetzt wäre, dieser das volle Zwölftel erhalten würde, welches jetzt auf Beide kommt, so lag der Gedanke sehr nahe, hier eine, auch für das Anwachsungsrecht wirksame re conjunctio anzunehmen. Diesen Gedanken weis't aber Ulpian zurück; der Umstand allein, daß mehrere Erben im Gegensatze von solchen, welche bestimmte Theile erhalten sollen, unbestimmt eingesetzt seien, könne noch keine conjunctio im Sinne des Anwachsungsrechts herbeiführen. Um nämlich ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung in Anspruch nehmen zu können, genügt es nicht, daß man vermöge Rechtssatzung mit dem Weggefallenen zu einer Portion gerufen war, sondern dazu ist nöthig daß durch den ausgesprochenen Willen des Erblassers diese Verbindung bewirkt wurde; der Testator selbst muß Mehrere zu einer und derselben Portion so berufen, daß dieselben in seinem Gedanken und Bewußtsein allen übrigen Erben gegenüber gleichsam eine Person bilden. Faßt man so die l. 17. cit. auf, so reiht sich daran sehr natürlich die l. 63. cit. an. Das allein, daß mehrere Erben ohne Theilbestimmung eingesetzt sind, bringt freilich keine conjunctio unter denselben hervor; sind dieselben aber vom Erblasser zusammengefaßt, hätte also z. E. in unsrem vorigen Falle der Erblasser gesagt: *C.* und *D.* sollen meine Erben sein, so ist allerdings auch in Betreff des Anwachsungsrechts eine wahre conjunctio anzunehmen, und daß die mehreren Erben sine partibus eingesetzt sind, steht einer solchen Annahme nicht im Mindesten entgegen Vgl. bes. *Goeschen*, obss. p. 101 sqq. und Mayer, Anwachsungsr. S. 65 fgg.; s. auch Baumeister a. a. O. S. 186 fgg., Mühlenbruch XLIII. S. 306 fgg., Sintenis III. §. 203. Anm. 14, *Machelard* cit. A. III. p. 168, Dworzack S. 60 fgg., *Glasson*. p. 53 sqq. u. A. m. — Unter den vielfachen anderweiten Auslegungen der l. 17. cit. sind folgende hervorzuheben: 1) A. Faber, error. Pragmat. dec. 49. err. 2, dem unter den Neueren bes. Thibaut in Braun's Erörtr. S. 768 fgg. folgt, vgl. auch Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 240 fgg. will einen technischen Unterschied zwischen heredes *sine parte* und heredes *sine partibus* instituti annehmen. Das Erstre sei dann vorhanden, wenn der Erblasser bei der Einsetzung gar keine Theilbestimmung gemacht habe (z. B. A. soll mein Erbe sein, B. und C. sollen meine Erben sein) das Zweite aber dann, wenn die mehreren zu einer Quote Gerufenen ohne Verhältnißbestimmung von Seiten des Erblassers geblieben wären (z. B. A. soll mein Erbe sein auf ½, B. und C. sollen auf die andere Hälfte meine Erben ein). Die l. 17. cit. sei nun von heredes *sine parte* zu verstehen, so daß

man in Gemäßheit dieses Gesetzes den allgemeinen Satz aufstellen müsse: unter mehreren unbestimmt eingesetzten Erben finde niemals eine wahre conjunctio, und also niemals ein vorzugsweises Anwachsungsrecht Statt, sondern, wenn Einer von ihnen hinwegfalle, wachse dessen Portion stets allen eingesetzten Erben zu. Die l. 63 cit. stehe dem nicht entgegen, da hier von heredes *sine partibus* instituti die Rede sei. — 2) Durch eine andre Distinktion will Zimmern, römischrechtl. Unters. S. 98 fgg. helfen; in l. 17. cit. sei nur von dem Falle die Rede, wenn neben bestimmt Instituirten noch andre unbestimmt Eingesetzte gerufen wären, und für diesen Fall müßte man denn allerdings den Grundsatz aufstellen, daß unter den unbestimmt Instituirten niemals eine wahre conjunctio und vorzugsweises Anwachsungsrecht angenommen werden könne; in l. 63. cit. sei aber von dem Falle die Rede, wenn sämmtliche Erben unbestimmt eingesetzt seien, und hier entscheide die Wortfassung, ob eine conjunctio und ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung zu statuiren sei.

V. Während nach der lex Papia Popp. derjenige, welcher eine kaduke Portion an sich zog, stets auch die Lasten derselben übernehmen mußte, verhielt sich dies nach dem jus antiquum anders. Galt nämlich die belastete Portion von Anfang an für nicht geschrieben, so brauchte der Miterbe das onus nicht anzuerkennen, wovon nur Ausnahmen im Falle des SC. Libonianum l. 5. de his quae pro non script. (34, 8), l. 14. fin. de lege Cornel. de falsis (48, 10), und bei einem Fideikommiß der Freiheit vorkamen, l. 26. §. 6. de fideic. libert. (40, 5). Fiel aber ein belasteter Miterbe erst später hinweg, so war in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob der Absicht des Erblassers nach das onus auf der Portion ruhen, oder ob nur die Person als belastet angenommen werden sollte, und im letzten Falle, (welcher namentlich dann angenommen wurde, si ab herede nominatim legatum est, l. 29. §. 2. de legat. II.) hatte der Miterbe, welchem die wegfallende Portion zuwuchs, wiederum die Lasten derselben nicht zu tragen, l. 29. §. 3. cit. Seitdem jedoch durch Reskripte von Severus der Substitut verpflichtet wurde, die dem Institutus aufgelegten Lasten anzuerkennen, wurde dies auch bei dem Akkrescenzrecht als Regel angenommen, l. 61 §. 1. de legat. II., obwohl doch ohne Zweifel auch hier, eben so wie bei den Substituten, wenn ein anderweiter Wille des Erblassers ersichtlich war, Ausnahmen anerkannt werden durften, l. 74. de legat. I. Was nun die Vorschriften Justinian's in l. un. C. de caduc. toll. anbelangt, so blieb es

1) in Betreff derjenigen Portionen, welche von Anfang an für nicht geschrieben galten, ganz beim alten Rechte, d. h. der Miterbe braucht auch noch jetzt eine auf einer solchen Portion ruhende Last der Regel nach nicht zu übernehmen, und nur die schon im früheren Rechte begründeten vorher bemerkten Ausnahmen bleiben auch noch nach der l. un. cit. bestehen, l. un. §. 3. 9. fin. cit. Die Meinung von Francke, Beiträge S. 123 fgg., Justinian's Worte bezögen sich nur auf den Fall, wenn ein beschwertes Vermächtniß defizire, und in Folge davon bei dem Onerirten verbleibe, während in allen übrigen Fällen, wenn eine beschwerte Portion für nicht geschrieben gelte, derjenige, an welchen sie komme, allerdings die darauf ruhenden Lasten übernehmen müsse, läßt sich meiner Ueberzeugung nach weder mit den Worten der l. un. §. 3. cit., noch auch

mit dem geschichtlichen Zusammenhang dieser Lehre vereinigen, vgl. auch Schneider, Anwachsungsr. S. 253 fg.

2) Abgesehen von diesen Fällen, wo die belastete Portion von Anfang an für nicht geschrieben gilt, hat aber Justinian den durchgreifenden Grundsatz aufgestellt: *portio semper cum onere accrescit:* l. un. §. 4. C. cit., wovon er nur die sich freilich von selbst aufdringende Ausnahme zuläßt, wenn das onus in einem *facere* besteht, und dabei dann „talis est verborum conceptio et facti natura, ut quod relictum est ab alio impleri non possit", l. un. §. 9. C. cit.

Sechstes Kapitel.

Von Erwerbung der Erbschaft.

Inst. II. 19. de heredum qualitate et differentia, Dig. XXIX. 2. de acquirenda vel omittenda hereditate, Cod. VI. 30. de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. — Döring, die Lehre von der Erwerbung der Erbsch. nach heut. röm. Rechte, Zerbst 1839, Mühlenbruch Komm. XLII. S. 289 fgg., Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Kassel. Bd. V. S. 349 fgg. Vgl. auch Arndts in Weiske's Rechtslex. IV. S. 7 fgg., Leist, Bonor. poss. II. 2. S. 76 fgg. S. 116 fgg. S. 260 fgg. S. 308 fgg., Köppen in Jhering's Jahrbb. V. S. 125 fgg., Ders. Syst. S. 331 fgg., Northoff in Jhering's Jahrbb. VI. S. 185 fgg.

I. Erfordernisse der Erwerbung.

A. Erwerbung der Erbschaft nach Zivilrecht.

1) Von Seiten eines suus heres. §. 497.

Ueber das *benef. abstinendi* vgl. *Averan.* interpret. jur. lib. I. c. 9, *G. L. Böhmer*, de suo herede ab hereditate se abstinente vel se immiscente, in Elect. jur. civ. I. exerc. 4, Witte in Weiske's Rechtslex. I. S. 856 fgg., Mühlenbruch XLII. S. 325 fgg., XLIII. S. 123 fgg., s. auch Laspeyres im ziv.

Arch. XXI. S. 99 fgg., Schmidt (v. Ilmenau) civ. Abh. S. 64 fgg., Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 84 fgg. — Ueber die Beweislast hierbei s. Mühlenbruch a. a. O. S. 392 fgg. und die dort Angeff. und dazu Steun im Oldenb. Arch. I. S. 97 fgg., Strippelmann a. a. O. S. 383 fgg., Seuffert's Arch. III. Nr. 78. VI. Nr. 230.

1) *Gai.* l. 13. de suis et leg. her. (38, 16): In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt.

2) *Ulp.* l. 6. §. 5. 6. de acqu. v. om. her.: Interdum filiifamilias et sine aditione adquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate, ut puta si nepos ex filio exheredato heres sit institutus; patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. (§. 6.) Sed si quis heres institutus adoptetur a filio exheredato, necessarium eum non facit, sed juberi debet, ut adeat, quoniam mortis tempore in potestate non fuerit. Nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset extaturus. — Ueber den, besonders durch diese Stellen bewiesenen weiteren Begriff von suus heres in Betreff der Erbschaftserwerbung vgl. v. Löhr im civ. Arch. II. S. 186 fgg., Schilling, Bemerk. über Rechtsgesch. S. 82, Francke, Notherbenrecht S. 13, Mühlenbruch, Forts. d. Glück'schen Komm. XXXVI. S. 140 fgg. A. M. ist zwar *de Lassberg,* comm. exhibens observationes ad jus sui heredis praesertim ratione nepotis. Jen. 1821. §. 20 sqq., s. aber Mühlenbruch a. a. O. S. 143 fgg. Not. 13.

3) *Julian.* l. 89. de legat. I.: — — Praetor permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, jus se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium hereditatis adeundae habuissent. Vgl. l. 12. pr. de interrogat. in jure fac. (11, 1): — — hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.

4) *Ulp.* l. 30. §. 10. de fideic. libert. (40, 5): — — non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem.

5) *Paul.* l. 7. §. 1. h. t. (29, 2): Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur. Vgl. auf der einen Seite Marezoll in Gieß. Zeitschr. II. S. 85 fgg., Huschke

a. a. O. S. 84, Wiebing, die transm. Justin. S. 16 fgg., auf der andern Vangerow im civ. Arch. XXIV. S. 158 fgg.. Mühlenbruch XLII. S. 345 fgg.

2) Von Seiten eines extraneus heres.

a) Form der Erbschaftsantretung. §. 498.

1) §. 7. J. de hered. qualit. et diff.: Extraneus heres testamento institutus aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut *pro herede gerendo*, aut etiam *nuda voluntate suscipiendae hereditatis* heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove, et quoquo modo voluntatem suam declaret vel re vel verbo de adeunda hereditate, dummodo sciat, eum, cujus in bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. — Vgl. hierüber Mayer, Erbr. I. §. 118. Not. 19. 20. (S. 341 fgg.), Leist a. a. O. S. 76 fg., Köppen, Syst. S. 334 fgg.

2) *Paulus* l. 90. de acqu. v. om. her.: Respondit, per procuratorem hereditatem adquiri non posse. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 401 fgg., Leist a. a. O. S. 309 fgg., bes. S. 325 fgg. — Mayer, Erbr. I. §. 118. Not. 8, Puchta §. 497. Not. f, Sintenis III. §. 183. Not. 28, Arndts, Lehrb. §. 508. Anm. 2, s. auch Strippelmann a. a. O. S. 358, Köppen, Syst. S. 387 fgg., Northoff im neuen prakt. Arch. II. S. 1 fgg.

3) *Marcianus* l. 51. §. 2. eod.: Sed et si quis ita dixerit: si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est. Vgl. l. 77. de R. J., Köppen, Syst. S. 345 fgg.

4) *Paulus* l. 1. eod.: Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. — 5) *Ulp.* l. 2. eod.: Sed et si quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. — 6) *Idem* l. 10. eod.: Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.

7) *Cels.* l. 59. §. 6. de hered. inst. (28, 5): Si ita scriptum fuerit: »Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto; Titius, si intra tertias Kalendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto«, videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit, nam duo heredes instituti sunt, sed Titius aut ex semisse, aut ex besse; itaque sextans utique erit in pendenti et si conditio extiterit, ex besse heres erit, si non extiterit, ille sextans Maevio accrescet. *Sed si decesserit Titius, antequam conditio existat, deinde conditio extiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio accrescet;* nam, quum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit, nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit. Vgl. auch l. 80. §. 1. h. t. (29, 2): — — adeundo unam portionem, omnes acquiro, *si tamen delatae sint*, und arg. l. 80. §. 2. eod.: — — *omnia enim paria permanere debent* in id tempus, quo alterius portionis conditio extet, ut acquiratur ei, cui prior portio acquisita est; s. auch die oben S. 176 in Betreff der Substitution angeff. Gesetze. Wie hiermit der Ausspruch von Gaius in l. 53. pr. h. t.: »Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit, et decesserit, posteaque conditio extiterit, *ea quoque pars ad heredem ejus pertinet*", in Einklang gebracht werden könne, ist sehr bestritten, vgl. die Nachweisungen bei Mühlenbruch XLIII. S. 150 fgg. u. s. auch Arndts, Lehrb. §. 517. Anm. 1. (welcher die zwar einfache, aber doch nicht wahrhaft genügende Aushilfe vorschlägt, in l. 53. cit. Statt: posthea*que* zu lesen postea*quam*), Fuchs im ziv. Arch. XXXIX. S. 233 fgg., Köppen in Jhering's Jahrbb. V. S. 171 fgg., Syst. S. 341 fgg., Northoff a. a. O. S. 253 fgg., *Machelard* in der Revue histor. IV. p. 445.

Anm. Damit ein wirksamer Erbschaftsantritt vorhanden sei, genügt nicht, daß die Erbschaft wirklich deferirt ist, l. 21. §. 2. h. t., sondern es ist auch außerdem erforderlich, daß der Delat weiß, daß und wie sie ihm deferirt ist, vgl. überhaupt *Scip. Gentilis*, de scientia heredum, in opp. tom. I. p. 65 sqq., Mühlenbruch a. a. O. S. 413 fgg., Köppen in Jhering's Jahrbb. V. S. 140 fgg., VI. S. 309 fgg., Ders., Syst. S. 352 fgg., Lassalle, röm. Erbr. S. 306 fgg., S. 438 fgg., Northoff in Jhering's Jahrbb. VI. S. 204 fgg., in Gieß. Zeitschr. N. F. XXI. S. 85 fgg. Das leitende Prinzip spricht Papinian in l. 76. de R. J. aus:

„In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi *vera* et *certa* scientia perfici possunt“,

und demnach ist vor Allem erforderlich:

I. eine *vera* scientia; d. h. wenn auch alle objektiven Voraussetzungen der Delation vollständig begründet sind, so daß der Antretung an sich gar nichts im Wege steht, der Delat aber sich in einem wesentlichen Irrthum befindet, so ist die Antretung nichtig, indem hier die Regel zur Anwendung kommt: „plus in opinione est, quam in re“, l. 15. h. t. Es kommt dies in folgenden Anwendungen vor:

1) wenn der Delat irrthümlich glaubt, die Erbschaft sei ihm noch gar nicht deferirt, so ist seiner Meinung nach weder eine Antretung noch eine Ausschlagung möglich, und wenn er dennoch das Eine oder Andre thut, so ist dies ein völlig nichtiger Akt. Namentlich ist dies der Fall:

a) wenn der Delat glaubt, der Erblasser lebe noch, l. 32. pr. h. t.: „heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest“;

b) wenn der unbedingt eingesetzte Erbe glaubt, er sei unter einer Bedingung eingesetzt und diese schwebe noch, oder wenn der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe von der Erfüllung der Bedingung keine Kenntniß hat, l. 32. §. 1. h. t., l. 21. de cond. et dem. (35, 1):

Julian. „Multum interest, conditio facti an juris esset; nam hujusmodi conditiones: si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit, quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse“.

Wenn dies Letztre jetzt Lassalle S. 322 fgg. mit völliger Ignorirung dieser klaren Stellen und mit Berufung auf die hierher in Wahrheit gar nicht gehörende (s. unten) l. 21. §. 3. h. t. leugnet, und innerlich zu begründen versucht, daß es darauf gar nicht ankommen könne, ob dem Berufenen der Eintritt der Bedingung bekannt sei, oder nicht, so bedarf dies keiner besondren Widerlegung, s. auch Northoff a. a. O. S. 208 fgg.

c) Wenn der Delat glaubt, es stehe ein ihn ausschließender postumus in Aussicht, so kann er die Erbschaft nicht antreten, wenn auch seine Meinung ganz unbegründet ist, und er vielleicht der Einzige ist, der sie hat, l. 30. §. 3. h. t. („Quid si ipse putat solus? — — *non potest adire*“), und so kann namentlich auch die zur Erbin eingesetzte Frau selbst, wenn sie sich irrthümlich für schwanger hält, nicht antreten, l. 30. §. 5. h. t.

d) Ebenso verhält es sich, wenn der Delat irrthümlich glaubt, das Testament, in welchem er zum Erben eingesetzt ist, sei ungiltig, weil es z. B. dem Erblasser an der testamenti factio gefehlt habe, oder weil es gefälscht sei u. dgl. m. l. 17. pr. h. t.

2) Auch wenn der Delat sich zwar nicht über die Existenz wohl aber über den Grund der Delation irrt, so ist die Antretung (und Ausschlagung) ungiltig, wie namentlich, wenn er als Intestaterbe antritt, während er in Wahrheit Testamentserbe ist, oder wenn er irrig aus einem ungiltigen Testamente antritt, während er in

Wirklichkeit aus einem giltigen Testamente oder als Intestaterbe zur Erbschaft gerufen ist, l. 22. h. t.; vgl. auch l. 17. fin. eod.

3) Wenn ein heres voluntarius sich irrthümlich für einen heres necessarius hält, so ist sowohl seine Antretung wie seine Ausschlagung ungiltig, l. 15. 16. h. t.

4) Auch wenn der Delat irrthümlich auf eine andre Quote die Erbschaft antritt, als auf welche er in Wahrheit eingesetzt ist, so ist seine Antretung nichtig, l. 75. h. t.

In allen diesen Fällen ist der Irrthum ein wesentlicher, und die Erbschafts-Antretung in Folge davon nichtig. Dagegen ist der Irrthum einflußlos in folgenden Fällen:

1) wenn derjenige, welcher pure eingesetzt ist, unter einer Bedingung eingesetzt zu sein glaubt, und diese putative Bedingung dann eingetreten ist, denn jetzt steht der wirksamen Antretung auch im Bewußtsein des Antretenden nichts mehr entgegen, l. 34. §. 1. h. t., und eben so muß wohl auch konsequent der andre Fall entschieden werden, wenn der Erbe glaubt, er sei pure eingesetzt, während er in der That unter einer Bedingung eingesetzt ist, die aber zur Zeit seines Erbschaftsantritts bereits erfüllt ist, wobei nun natürlich vorauszusetzen ist, daß die Bedingung nicht zu dem Ende zugefügt war, „ut testamento parentur", denn bei einer solchen ist eine wahre Erfüllung ohne Bewußtsein ihrer Existenz gar nicht möglich (s. oben S. 118).

2) Wenn der Delat darüber im Irrthum ist, ob der Erblasser als römischer Bürger oder ob er in feindlicher Gefangenschaft verstorben ist, so hindert dieser Irrthum die Wirksamkeit der Antretung nicht, „quia utroque casu est jus adeundi" (nämlich wegen der fictio legis Corneliae), l. 33. h. t.

3) Wenn der Delat nicht über den Status des Erblassers, sondern über seinen eigenen Status im Irrthum ist, so ist die Antretung doch giltig. „Cur autem, si suam ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest? Illa ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum dubitat, qui de suo, de testamento certus est", l. 34. pr. h. t.; vgl. auch l. 96. eod., l. 21. de condit. et dem. (35, 1).

II. Es wird aber, damit eine wirksame Antretung (u. bzw. Ausschlagung) vorhanden sei, auch eine *certa* scientia des Antretenden vorausgesetzt, d. h. die Antretung ist auch dann nichtig, wenn der Antretende nicht mit Sicherheit weiß, daß und auf welchen Grund ihm die Erbschaft deferirt sei, l. 76. de R. J., l. 3. h. t. („*certus* esse debet de jure suo"). Doch ist Ungewißheit nicht ganz in demselben Umfang ein Hinderniß der Antretung, wie wesentlicher Irrthum; es kommen dabei vielmehr im Einzelnen folgende Grundsätze zur Geltung:

1) Wenn das Dasein der Delation ungewiß ist, so ist die Antretung immer nichtig, und so muß namentlich:

a) der Erbe wissen, daß der Erblasser gestorben ist, l. 19. h. t. („qui hereditatem adire volet, *certus esse debet*, defunctum esse testatorem"), vgl. l. 13. §. 1. eod. („si quis *dubitet*, vivat testator necne, repudiando nihil agit").

b) Der Antretende muß wissen, ob er pure oder unter einer Bedingung eingesetzt, l. 32. §. 1. h. t., ob er instituirt oder substituirt ist, l. 93. pr. h. t., und eben so muß er, wenn er unter einer Bedingung eingesetzt ist, wissen, daß die Bedingung bereits eingetreten ist, l. 21. de cond. et dem (35, 1).

c) Er muß wissen, daß kein ihn ausschließender postumus in Aussicht steht, l. 30. §. 1. sqq. h. t. Wenn also die Frau selbst sich für schwanger erklärt, oder Sachverständige geben diese Erklärung ab, so ist die Antretung ungiltig, l. 30. §. 3. eod.; abgesehen davon aber kann der Umstand, daß Andre die Frau für schwanger halten, seine Antretung nicht wirkungslos machen, wenn er selbst nur weiß, daß sie es nicht ist, l. 30. §. 1. eod. („si scit, non esse praegnantem, potest"), l. 30. §. 3. fin. eod. („si secundum multorum opinionem, potest"; anders, aber m. E. irrig deutet diese Worte Schmidt, form. Notherbenr. S. 11, Not. und sieht sich dadurch zu einer scharfsinnigen, aber doch unhaltbaren Konjektur genöthigt). Natürlich wird bei der letztren Entscheidung vorausgesetzt, daß sein Wissen sich auch thatsächlich bewahrheitet, daß also die Frau wirklich nicht, auch nicht mit einem abortus niederkommt, denn „toties ei sua praesumtio proficit, quoties concurrit cum veritate", l. 30. §. 4 eod. Hiernach versteht es sich, daß auch die zur Erbin eingesetzte Frau selbst, obgleich sie sich für schwanger ausgibt, wenn sie weiß, daß sie es nicht ist, die Erbschaft antreten kann, l. 30. §. 5. eod.

> „Sed et si ipsa mulier heres instituta sit, quae se praegnantem fingit, adeundo acquiret hereditatem".

(Der grobe Irrthum von Lassalle S. 315 fgg, welcher hier vielmehr den monströsen Satz ausgesprochen findet, daß die Frau, auch wenn sie wirklich schwanger ist und dies weiß, trotzdem doch antreten und die Erbschaft erwerben könne, bedarf keiner Widerlegung).

d) Der Erbe muß auch wissen, daß das Testament, in welchem er eingesetzt ist, ein giltiges ist, und ist es also z. B. ungewiß, ob der Erblasser als paterfamilias oder als filiusfamilias gestorben, und also das von ihm errichtete Testament giltig oder ungiltig ist, so ist die Antretung nichtig, l. 32. §. 2, l. 34. pr. h. t., l. 2. §. 3. unde legit. (38, 7), l. 1. §. 1. ad SC. Tertull. (38, 17), und eben so auch dann, wenn es zweifelhaft ist, ob das Testament ein gefälschtes ist oder nicht, l. 46, l. 51. pr. h. t. Weiß der Erbe, trotz erhobener accusatio falsi, doch gewiß, daß es nicht gefälscht ist, wird also namentlich diese accusatio gegen ihn selbst, als angeblichen Fälscher erhoben, so steht seiner Antretung nichts im Wege, „quoniam certus esse debent, se falsum non fecisse", l. 46. cit., vgl. l. 30. §. 8. eod.

e) Auch die während einer bonor. possessio ex Carboniano Edicto vorhandene Ungewißheit über die Person des Delaten macht die Antretung unstatthaft, l. 12. de Carb. Ed. (37, 10).

2) Nach Zivilrecht ist auch die Ungewißheit über den Delationsgrund ein Hinderniß der Erbschaftsantretung, und wer also für den einen Fall zur Testaments-, für den andern zur Intestat-Erbschaft gerufen ist, kann vor eingetretener Entscheidung die Erbschaft gar nicht antreten, l. 93. h. t. („certus esse debet — — an testamento, an ab intestato heres existat"), und dies

findet namentlich Anwendung bei eingesetzten Kindern des Erblassers, wenn die Ruption des Testaments durch einen präterirten postumus in Aussicht steht (vgl. oben §. 471. Anm.). Die augenscheinliche Härte dieser zivilen Regel veranlaßte den Prätor, in solchen Fällen den eingesetzten Kindern, so wie auch ihren Erben, durch eine decretalis bonor. poss. zu Hilfe zu kommen, l. 84. h. t., l. 4. §. 3, l. 5. de bon. poss. c. t. (37, 4), und seitdem kann die Ungewißheit über den Delationsgrund den Erbschaftserwerb nicht mehr hindern.

3) Ungewißheit über die Größe der Erbportion macht die Erbschafts-Antretung keineswegs ungiltig, und dies mußte um so nothwendiger angenommen werden, da nur in den seltensten Fällen sich von vorn herein fixiren läßt, wie groß dem endlichen Resultate nach die Erbportion sein wird (man denke nur z. B. an das Anwachsungsrecht). Demnach kann also der Berufene ungeachtet seiner Unbekanntschaft mit der Größe seiner Portion unbedenklich die Erbschaft antreten, l. 5. §. 1. si pars hered. pet. (5, 4): „Utilius est, posse eum adire, qui nescit portionem, si caetera, quae oportet eum scire, non ignoret", l. 21. §. 3. h. t., und auch eine hereditatis petitio *incertae partis* ist ihm demgemäß gestattet, l. 1. §. 5. si pars her. pet. (5, 4). Daß diese Bestimmungen nicht im Widerspruch stehen mit dem oben bei I. 4. aus l. 75. h. t. abgeleiteten Satze ist von selbst klar; im Falle der l. 75. cit. will der Antretende etwas Anderes, als was er in Gemäßheit der Delation wollen kann, in unsrem Falle dagegen akkommodirt er sich in omnem eventum der Delation.

4) Mit dem eben besprochenen Satze, daß die Unbekanntschaft mit der Größe der Erbportion kein Hinderniß der Erbschaftsantretung sei, hängt unmittelbar eine Entscheidung Ulpian's zusammen, von der man häufig irriger Weise behauptet hat, sie stehe in Widerspruch mit der oben bei I. 2. besprochenen l. 21. de cond. et dem. (35, 1) Es ist dies der Ausspruch von Ulpian in l. 21. §. 3. h. t.:

> „Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus est. Quid tamen, si ignorat conditionem extitisse? *Puto posse adire hereditatem,* quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit".

Die richtige Erklärung dieser vielbesprochenen Stelle (vgl. Schult. et Smallenb. ad h. l. tom. V. p. 130 sqq.) scheint mir folgende zu sein. Der Hauptsatz, an den sich das Folgende anschließt, ist der, daß Unbekanntschaft mit der Größe der gebührenden Erbportion kein Hinderniß der Antretung sei. Diesen Satz nehme auch Cassius an, wie man aus folgender Entscheidung desselben entnehmen könne: „wenn Jemand unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt und unter einer andren Bedingung einem Miterben substituirt sei, und er nun zu einer Zeit antrete, wo beide Bedingungen erfüllt, er also zu einer doppelten Portion gerufen sei, so sollte diese Erbantretung völlige Wirksamkeit haben, wenn auch dem Berufenen diese ganze Substitution unbekannt geblieben wäre, und er also im Augenblicke der Antretung nur eine kleinere Quote, als ihm wirklich zukomme,

gekannt habe" („si conditionem — — — — sub qua substitutus est"). Hieran knüpft nun Ulpian die Frage, wie denn die Entscheidung ausfallen müsse, wenn in dem von Cassius vorgelegten Falle der Berufene zwar gewußt habe, daß er unter einer Bedingung einem Miterben substituirt sei, aber zur Zeit der Erbschaftsantretung der inzwischen erfolgte Eintritt der Bedingung ihm unbekannt geblieben sei? Auch hier, antwortet er, sei die Antretung wirksam, nicht anders, wie in dem andren Falle, wenn Jemand, welcher pure instituirt und einem Miterben substituirt sei, zu einer Zeit antrete, wo es ihm noch unbekannt gewesen sei, daß der Miterbe schon ausgeschlagen habe, und ihm also auch die Substitutions-Portion deferirt sei. Vgl. *Jac. Gothofred*, animadverss. jur. civil. c. 17. (auch in Otton. thes. III. p. 312 sqq.), Mühlenbruch S. 422 fgg. (dessen Darstellung jedoch nicht vollständig befriedigt, weil er keine Verschiedenheit der beiden Fälle, die in den beiden Sätzen: quod et Cassius probat rel. und: quid tamen rel. hervorhebt, sondern irrthümlich anzunehmen scheint, daß in den beiden Sätzen ein und derselbe Fall behandelt werde), s. auch Puchta, Lehrb. §. 497. Not. a, Vorles. II. Beil. 23, Fuchs a. a. O. S. 237 fg., Northoff a. a. O. S. 210 fgg, Köppen, Syst. S. 363 fgg. — Daß nach dieser Auslegung nicht nur sämmtliche Theile der Stelle in vollem Zusammenhange stehen — indem da alle entschiedenen Fälle in dem einen an die Spitze gestellten Grundgedanken zusammentreffen, daß Unbekanntschaft mit der Größe der Erbportion die Antretung nicht wirkungslos mache —, sondern daß auch dadurch aller Widerspruch mit l. 21. de cond. et dem. völlig beseitigt wird, leuchtet von selbst ein, denn während Julian in l. 21. de cond. et dem. von dem Falle redet, wenn der Erbe gerade nur auf eine Portion unter einer Bedingung eingesetzt ist, und dann die Erbschaft antritt, ohne mit dem Eintritt der Bedingung bekannt zu sein, spricht Ulpian in der l. 21 §. 3. de acqu. v. om. her. von dem wesentlich davon verschiedenen Falle, wenn Jemand auf eine Portion instituirt, und auf eine andere unter einer Bedingung substituirt ist, und dann die Erbschaft antritt, ohne den Eintritt der der Substitution beigefügten Bedingung zu kennen; daß ein Irrthum der letztren Art der Wirksamkeit der Antretung nicht schade, geht auch schon von selbst aus den in T. 4—7 entwickelten Rechtssätzen hervor. Nimmt man diese Erklärung an, so ist auch schlechthin kein Grund zu irgend einer Textveränderung vorhanden, und es erscheint dann eben so willkürlich und unpassend, wenn man mit vielen Aeltern und Neuern statt: sub qua *substitutus* est lesen will: sub qua *institutus* est, als wenn man mit *Cujac.* ad African. tract. I. ad l. 46. de acqu. v. om. hered. (in opp. I. p. 1353 sqq.) das *non* vor ignorat auslöschen und es in den folgenden Satz: puto [non] posse adire hereditatem herübertragen will.

Anm. 2. Ueber den Erwerb einer Erbschaft für einen Verschollenen vor erfolgter Todeserklärung vgl. Gropp in sein. und Heise's jurist. Abhh. II. S. 142 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. IV. S. 360 fgg., Mühlenbruch XLII. S. 462 fgg., *Heinrich*, de hereditate legatove absenti delato. Giess. 1841, Flach, Entscheid. d. O. A. G. zu Wiesbaden I. S. 146 fgg., II. S. 123 fgg., III. S. 46 fgg., Runde im Oldenburg. Arch. II. 4, Kraut, Vormundschaft Bd. II. §. 66, Schäffer in Gieß. Zeitschr. N. F. V. S. 397 fgg.,

Bruns in Bekker's Jahrb. I. S. 95 fg. 109 fgg. 141 fgg. 168 fgg. 193 fgg., Köppen, Syst. S. 423 fgg., Northoff im neuen prakt. Arch. II. S. 1 fgg. S. noch Seuffert's Arch. I. 160, III. 185. 298. 346, V. 31, IX. 49, XI. 257, XV. 200.

b) Zeit der Erbschaftsantretung. §. 499.

Dig. XXXVIII. 8, Cod. VI. 30. de jure deliberandi. — *Koch*, de herede deliberante. Giess. 1783, Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Komm. Bd. XLI. S. 277 fgg. Vgl. Leist, Bonor. poss. II. 1, S. 319 fgg.

Anm. Wenn es auch allgemein anerkannt ist, daß das römische Recht vor Justinian keine gesetzliche Antretungs- oder Ausschlagungsfrist für den Zivilerben kannte, Gai. II. 167, so wird doch häufig von älteren, wie neueren Juristen behauptet, daß Justinian eine solche eingeführt habe, und man beruft sich zu diesem Zwecke theils auf l. 19. C. de jure delib. (s. oben §. 491. T. 3), theils auf l. 22. §. 1. C. eod. („Cum igitur hereditas ad quendam, sive ex testamento sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte, si quidem recta via adire maluerit hereditatem, et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet: nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, *et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum heredem, ei renunciet: nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando, sit alienus ab hujusmodi hereditate, sive onerosa, sive lucrosa sit*"). Ich habe in einer ausführlichen Abhandlung im ziv. Arch. XXII. 7. die Unhaltbarkeit dieser neueren Theorieen über angebliche gesetzliche Deliberationsfrist nachzuweisen versucht, und wenn auch namentlich meine dort gegebene Erklärung der l. 22. §. 1. cit. mehrfachen Widerspruch gefunden hat, so sind doch dem wesentlichen Inhalte dieser Abhandlung nicht nur die beiden Rezensenten derselben, G. Fr. Puchta und Arndts in Richter's krit. Jahrb. 1840. S. 7 fgg. S. 17 fgg. beigetreten, sondern auch Mühlenbruch, welcher früher in mehrfachem Wechsel andere Theorieen vertheidigte, hat später die richtige Ansicht angenommen, Lehrb. 3. Aufl. §. 703, und Fortsetzung des Glück'schen Komm. XLI. S. 295 fgg. Vgl. auch Mayer, Erbr. I. §. 118. Not. 22 und 23, Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 188, *Henr. Sintenis*, capita selecta ex jure civili. Giess. 1840. cap. 3. p. 67 sqq., Dollmann in den Blättern für Rechtsanwendung. 1841. No. 9. S. 129 fgg., *Wedemeyer*, de jure delib. Gött. 1844, Sintenis III. §. 185. Anm. 9, Brinz, Lehrb. S. 816, Tewes, Syst. II. §. 53, Vering, Erbr. S. 501. Anm. 4; s. auch Zach. v. Lingenthal in Richter's krit. Jahrbb. 1846. (Jahrg. X.) S. 840 fg.

B. Erwerbung der Erbschaft nach prätorischem Rechte. §. 500.

Leist an den oben angeff. OO.; s. auch §. 400.

1) *Ulp.* l. 3. §. 7. de bon. poss. (37, 1): Acquirere quis bonorum possessionem potest, vel per semet ipsum, vel per alium. Quod si me non mandante bonor. poss. petita sit, tunc competet, cum ratum habuero id, quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competat mihi bon. poss., quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat jus bonor. possessionis. — 2) *Paul.* l. 16. eod.: Quotiens is, cui bon. poss. ab altero postulata est, furere coeperit, magis probatum, ratum eum videri habuisse. Rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet.

3) *Constantius* l. ult. C. qui admitti ad bon. poss. (6, 9): Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet judicem, vel etiam apud duumviros, qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco jure temporibus coarctanda, eo addito, ut, etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur. Vgl. Mayer, Erbr. I. §. 116. Not. 3, Leist, Bonor. poss. Bd. II. 2. S.. 128 fgg.

4) §. 9. J. de bon. poss. (3, 9): Liberis itaque et parentibus, tam naturalibus quam adoptivis, in petenda bonor. possessione anni spatium, caeteris centum dierum dedit. — 5) *Julian.* l. 4. §. 1. quis ordo in possessionib. servetur (38, 15): Filius non solum, si tanquam filius, sed et si tanquam agnatus vel tanquam cognatus ad bonor. possessionem vocatur, annuum spatium habet, sicut, si pater filium manumisissset, quamvis ut manumissor bonor. possessionem accipiat, tamen ad bon. possessionem accipiendam annuum spatium habet

6) §. 10. J. de bon. poss.: In petenda autem bon. possessione dies utiles singuli considerantur. — 7) *Ulp.* l. 2. pr. quis ordo in poss. serv.: Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere; caeterum quocunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — Vgl. Elvers,

neue Themis. Bd. I. S. 149 fgg., und gegen die da vertheidigte, gewiß unhaltbare Ansicht über die Berechnung des annus petendae bon. poss., Arndts in der Gießer Zeitschr. XIV. S. 16 fgg., v. Savigny, System des heut. röm. R. Bd. IV. S. 451 fgg.

II. Wirkungen der Erwerbung.

A. S. g. Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

1) Allgemeine Grundsätze. §. 501.

2) Modifikationen.

a) Durch das s. g. beneficium inventarii. §. 502.

L. 22. C. de jure deliberandi (6, 30), Nov. 1. c. 2. cf. §. 6. J. de hered. qual. et differentia (2, 19). — Zimmern, Grundr. des Erbr. Anhang zu §. 116. S. 68 fgg., v. Buchholtz in Gießer Zeitschr. X. No. 10, bes. S. 402 fgg., Mühlenbruch, Forts. d. Glück'schen Komm. Bd. 41. S. 355 fgg., Strippelmann, Entscheid. des O. A. G. zu Cassel. Bd. III. Abth. 2. S. 1 fgg., Schäffer im Arch. f. prakt. Rw. V. S. 236 fgg.

b) Durch die separatio bonorum. §. 503.

Dig. XLII. 6. de separationibus, Cod. VII. 72. de bonis auctor. jud. possid. s. venundand. et de separationibus bonorum.

B. Verbindlichkeit zur Erfüllung letztwilliger Anordnungen. §. 504.

Zimmern, Grundr. des Erbr. Anh. zu §. 11. S. 64 fgg., Unterholzner, Schuldverhältnisse S. 500 fgg. — Ueber »nuda praecepta« vgl. Linde in Gieß. Zeitschr. V. S. 253 fgg., Elvers im prakt. Arch. IV. S. 114 fgg.

§. 5. J. de oblig. quae quasi ex contr. (3, 28): Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest), et tamen,

quia ex maleficio non est obligatus, *quasi ex contractu* debere intelligitur. Vgl. l. 5. §. 2. de O. et A. (44, 7), l. 5. §. 3, l. 4. quib. ex caus. in possess. eatur (42, 4). — Schilling, Bemerk. über Rechtsgesch. S. 241 fgg., Holtius in Hugo's civ. Magaz. VI. No. 17. S. 351 fgg., Roßhirt, Vermächtn. I. S. 501 fgg.

C. Rechtsmittel des Erben.

1) Hereditatis petitio.

Dig. V. 3. de hereditatis petitione, V. 4. si pars hereditatis petatur, V. 5. de possessoria hereditatis petitione, V. 6. de fideicommissaria hereditatis petitione; Cod. III. 31. de petitione hereditatis. — Glück VII. §. 562 fgg., Fabricius, Bemerkungen über die hered. petitio etc. im Rhein. Mus. IV. S. 115 fgg., v. Buchholtz, Worin unterscheidet sich die hered. pet. und die vindicatio? in dessen jurist. Abhh. No. 1, Arndts, über das Wesen und den Umfang der her. pet., in dessen Beiträgen No. 1, Derselbe in Weiske's Rechtslex. V. S. 207 fgg., Roßhirt, das testam. Erbr. II. S. 1 fgg., Sintenis III. §. 190—92, Francke, Komm. über den Pandekten-Titel de hered. petit. Gött. 1864. Vgl. auch *Heinr. Sintenis*, cap. select. c. 2. p. 46 sqq., Zimmermann im civ. Arch. XXIX. S. 212 fgg., S. 454 fgg., Leist, Bonor. poss. I. S. 31 fgg. S. 295 fgg., II. 2. S. 16 fgg.

a) Subjekte und Objekte der Klage. §. 505.

Anm. Was die Person des Verklagten bei der H. P. anbelangt, so stellt Fabricius a. a. O. darüber folgende neue Theorie auf: das Charakteristische dabei sei, daß die H. P. nur gegen denjenigen angestellt werden könne, welcher sich eines vom wahren Erben noch nicht besessenen Nachlasses oder einzelner Stücke aus demselben bemächtigt habe („qui rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, possederit“ Gai. II. 52). Jeder, welcher den Besitz von Nachlaßsachen ergreife, thue dies aber entweder in dem Glauben, er sei Erbe, oder mit dem Bewußtsein, er sei es nicht; im ersten Falle sei er redlicher Besitzer (possessor *pro herede*), im zweiten dagegen ein unredlicher (poss. *pro possessore*), und bei diesem Letzteren sei es ganz gleichgiltig, was er etwa sonst für Gründe haben möge, aus welchen er zugreifen zu dürfen geglaubt habe, denn nur der Glaube, daß ihm das Erbrecht zustehe, könne seine Handlung rechtfertigen. Gar kein Gebrauch von der H. P. könne aber gemacht

werden, 1) wenn der Erblasser schon bei seinen Lebzeiten aus dem Besitze einer ihm gehörigen Sache gekommen sei, 2) wenn ein Erbschaftsschuldner sich zu zahlen weigere, aber nicht aus dem Grunde, weil er sich selbst für den wahren Erben ausgebe, denn in diesem letztren Falle gelte er allerdings als **possessor pro herede**, und könne mit der H. P. belangt werden, 3) wenn der Erbe selbst den Besitz einer von ihm schon besessenen Sache wieder verloren habe, und 4) wenn der jetzige Besitzer einer aus dem Nachlasse entfernten Sache sich derselben nicht selbst bemächtigt habe, sondern ein Singularsuccessor des Bemächtigers sei. In allen diesen Fällen müsse der Erbe die sonstigen gewöhnlichen Klagen (**rei vindicatio, actio Publiciana**, ein possessorisches Interdikt oder eine passende **actio in personam**) anstellen, und namentlich in den beiden ersten Fällen sei dies durchaus dieselbe Klage, welche schon dem Erblasser bei seinen Lebzeiten zugestanden habe.

Zu diesen neuen Resultaten ist Fabricius offenbar nur durch den Gedanken gekommen, daß die **hered. petitio** nur da zulässig sei, wo sich das Bedürfniß einer eignen Klage nachweisen lasse, und da er nun fand, daß in den vier vorher angeführten Fällen andre Klagen begründet seien, so bestimmte ihn dies, in denselben die Anwendbarkeit der H. P. in Abrede zu stellen. Diese ganze Art der Argumentation ist aber meiner Ueberzeugung nach unbegründet, und hätte Fabricius Statt dessen schärfere Untersuchungen über Wesen und Zweck der H. P. angestellt, so würde er gewiß zu dem Ergebniß gekommen sein, daß zwei der Fälle, die er aus der Sphäre der H. P. herausnehmen will, nämlich die vorher bei 1) und 3) genannten, unbedenklich zu jener Klage hinführen können. Geht man nämlich von dem unzweifelhaften Satze aus, daß die H. P. ihrem eigentlichen Wesen nach eben nichts anderes ist, als eine **hereditatis *vindicatio***, und daß also ihr wesentlicher Zweck nur darauf gerichtet sein kann, daß eine rechtskräftige Anerkennung des klägerischen Erbrechts demjenigen gegenüber erfolge, der dasselbe bisher thatsächlich nicht anerkannte: so ist doch in der That nicht einzusehen, warum nicht möglicher Weise auch wegen solcher Sachen die Klage erhoben werden dürfe, die schon bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Besitz gekommen, oder die der Erbe schon im Besitz gehabt hat. Daß nämlich denkbarer Weise auch der Besitz solcher Sachen als eine thatsächliche Nichtanerkennung meines Erbrechts sich herausstellen kann, ist nicht zu bezweifeln, und man braucht nur z. B. an den Fall zu denken, wenn eine Sache dem Erblasser gestohlen, nachher aber vom Diebe dem putativen Erben herausgegeben ist; soll hier der wahre Erbe seine H. P. nicht auch auf diese Sache erstrecken dürfen, sondern nothwendig eine Spezialklage gebrauchen müssen, weil die Sache im Augenblicke des Todes nicht mehr im Besitze des Erblassers gewesen sei? Oder man denke sich, daß der wirkliche Erbe, nachdem er den Besitz der Erbschaftssachen ergriffen, freiwillig einem vermeintlichen Miterben einen Theil der Erbschaft herausgegeben, nachher aber seinen Irrthum erkannt hat, warum soll hier nicht die **hered. petitio** begründet sein? Wie aber jene beiden von Fabricius angenommenen Beschränkungen schon von vorne herein mit dem Wesen der H. P. nicht wohl verträglich erscheinen, so sind sie auch im Widerspruch mit unsren Quellen. Daß nämlich die H. P. auch wegen solcher Sachen möglich ist, die

schon bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Besitz gekommen sind, ist mit Bestimmtheit ausgesprochen in l. 14. §. 2. quod met. causa (4, 2), l. 6. §. 5; l. 22. §. 1. de act. rer. amot. (25, 2), l. 33. §. 1. de usurp. et usuc. (41, 3), und daß sie ferner auch möglich ist wegen solcher Sachen, die der Erbe schon im Besitze gehabt hat, geht theils aus l. 19. §. 1. und l. 44. de her. pet., theils aus l. 29. de usurp. et usuc. hervor. Wenn sich dagegen Fabricius für seine Ansicht auf Gai. II. 52. beruft, so übersieht er, daß dort nur von der *usucapio* pro herede die Rede ist, und diese setzt freilich voraus, daß der Erbe noch nicht den Besitz der fraglichen Sache ergriffen hat, vgl. auch l. 29. de usurp. et usuc., und wenn er außerdem Gai. IV. 144. und §. 3. J. de interd. (4. 15) für sich anführt, so ist auch dies unzulässig, da hier jene Beschränkung nur für das interd. Quorum bonorum angenommen wird, wobei sich dieselbe aus der Eigenschaft eines interdictum *adipiscendae* possessionis von selbst versteht, ohne daß daraus irgend ein Schluß auf die hereditatis petitio gemacht werden dürfte. Vgl. überhaupt Arndts a. a. O. S. 1 fgg.

Obwohl nun hiernach gewiß die beiden von Fabricius angenommenen Beschränkungen in Betreff der Verklagtenrolle nicht begründet sind, so kann dennoch die H. P. nicht gegen jeden Besitzer von Erbschaftssachen gebraucht werden, weil nicht jeder Besitz von Erbschaftssachen mit dem Erbrechte des Klägers unverträglich ist, sondern nur gegen diejenigen, welche solche Sachen *pro herede* oder *pro possessore* besitzen, l. 9. h. t.:

„Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam",

Es besitzt aber

1) *pro herede* zunächst und hauptsächlich derjenige, welcher sich selbst für den Erben hält, l. 11. pr. h. t. Aus begreiflichen Gründen wird aber auch derjenige hierher gezählt, welcher eine *bonorum possessio* agnoszirt hat, l. 11. pr. fin., l. 20. §. 13. h. t., dem ein Universal-Fideikommiß restituirt ist, l. 13. §. 5—7, l. 20. §. 13 h. t., und welcher die Erbschaft oder eine Quote gekauft oder *dotis causa* erhalten hat, l. 13. §. 4, §. 8—11. h. t., Francke S. 151 fgg. — Daß auch derjenige als possessor pro herede anzusehen sei, welcher wider besseres Wissen die Erbenqualität nur vorschützt, scheint nach l. 11. pr., vgl. mit l. 12. h. t. (verb. vel per mendacium) nicht zweifelhaft zu sein, und die Annahme, daß die l. 11. cit. von einem Falle verstanden werden müsse, wo der Besitzer zwar gewußt, daß er nicht *heres* sei, sich aber für einen *bonorum possessor* gehalten habe, ist sehr bedenklich. Natürlich aber gilt ein solcher Besitzer, wenn seine mala fides beweislich gemacht ist, doch als praedo, und daß er also namentlich bei der Frage, was dem siegreichen Kläger restituirt werden müsse, ganz als possessor pro possessore anzusehen ist, versteht sich von selbst.

2) „Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se heredem, vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur", l. 11. §. 1, l. 12, l. 13. pr.

h. t. Hierher gehört nun vor allen Dingen Jeder, welcher sich eigenmächtig besitzloser Sachen des Nachlasses bemächtigt hat, ohne zu glauben, daß er Erbe sei, mag er auch übrigens ein noch so gutes Recht auf die Sache zu haben vermeinen. Ein solcher muß sich allerdings gefallen lassen, als possessor pro possessore behandelt zu werden, und hierin liegt auch nicht die geringste Härte, denn so lange der Erblasser lebte, und später, wenn der Erbe selbst schon den Besitz ergriffen hat, durfte der angebliche Eigenthümer natürlich nicht zugreifen, ohne sich verantwortlich zu machen, sondern er mußte vindiziren. Keineswegs kann ihm nun der Tod des Erblassers und die Schutzlosigkeit des Nachlasses die Befugniß gewähren, sich selbst Recht zu verschaffen, und thut er dies dennoch, so kann ihn der Erbe zwar nicht mit possessorischen Rechtsmitteln belangen, aber die heredit. petitio vertritt hier diese possessorischen Klagen, und so muß der Verklagte die hinweggenommene Sache restituiren, ohne daß ihm nur der Beweis seiner vorgeschützten exceptio dominii gestattet werden kann. Nachher, wenn er erst restituirt hat, mag er die rei vindicatio oder andre entsprechende Klagen gegen den Erben noch immer so anstellen, wie er dies gegen den Erblasser konnte und mußte, und dabei darf ihm nicht die exceptio rei judicatae opponirt werden, denn jenes frühere Urtheil berührt das jetzt geltend zu machende Recht überall nicht. Vgl. auch l. un. C. Th. quorum bonor., l. 3. C. J. eod., Fabricius a. a. O. S. 171 fgg., Arndts a. a. O. S. 38 fgg., abweichend ist Brinz §. 161. S. 688 fg., S. auch Seuffert's Arch. XVIII. No. 94. — Außerdem ist aber auch als possessor pro possessore Jeder anzusehen, welcher den Erblasser selbst des Besitzes widerrechtlich beraubte, l. 14. §. 2. quod. met. causa (4, 2), l. 6. §. 5, l. 22. §. 1. de act. rer. amot. (25, 2), so wie auch derjenige, welcher eine im Nachlasse befindlich gewesene Sache einem dritten Besitzer gegenüber, sei es durch eigentliches Delikt, l. 13. pr., l. 16. §. 4. h. t., oder durch ein nichtiges Rechtsgeschäft l. 13. §. 1. h. t. an sich gebracht hat, während eine solche Handlung dem wirklichen Erben gegenüber freilich keine hered. petitio begründen würde.

3) Daß auch der Erbe desjenigen, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, mit der hered. petitio belangt werden kann, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, und zwar kommt hierbei die eigne Meinung des Erben gar nicht in Betracht, l. 13. §. 3. h. t. Schwierigkeit macht hierbei die l. 13. §. 11. h. t.:

> „Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emtore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat, quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur".

Die Meisten verstehen diese Stelle mit der Glosse von dem Erben eines Besitzers, welcher einzelne Erbschaftssachen käuflich an sich gebracht hat, und unter dieser Voraussetzung muß man nothwendig supponiren, daß der Erbe eines solchen possessor pro emtore in dem Glauben ist, daß sein Erblasser pro herede besessen habe, und daß also auch er pro herede besitze, in welchem Falle wegen dieses seines Glaubens die hered. pet. gegen ihn zulässig sein soll, obwohl sie gegen seinen Erblasser nicht hätte gebraucht werden können. Daß dieser Satz

aus inneren Gründen bedenklich ist, verkenne ich nicht, aber dennoch scheint mir diese Auslegung natürlicher zu sein, als die schon von den Griechen angedeutete (schol. h. ad Basil. XLII. 1. 13. bei Fabr. V. p. 593), und unabhängig davon von *Cujac.* obss. IX. 25. vertheidigte, wonach man annehmen soll, daß hier ein heres legitimus eine hereditatis petitio gegen einen in einem ungiltigen Testamente eingesetzten Erben angestellt habe, und für diesen Fall von Ulpian der Rechtssatz aufgestellt sei, der verklagte und besiegte testamentarische Erbe müsse nicht blos die wirklich eignen Sachen des Erblassers, sondern auch alle diejenigen herausgeben, welche der Erblasser auch nur pro emtore besessen habe, vgl. auch *Jensius*, stricturae ad h. l. p. 35, *Pothier* ad h. l. *Huber*, Eunom. Rom. p. 271 sqq. Das Natürlichste ist wohl, daß man den Ausspruch des Juristen von dem Erben eines Erbschafts-Käufers verstehe. In den vorhergehenden §§en ist entwickelt, daß gegen einen solchen Käufer eine utilis hered. petitio zulässig ist, und da schließt sich denn sehr natürlich die weitere Bemerkung an, daß auch gegen die Erben desselben diese utilis her. pet. angestellt werden könne; vgl. Francke S. 163 fg.

4) Endlich kann auch die hered. pet. nicht nur gegen den wirklichen corporis oder juris possessor, sondern auch gegen den *fictus* possessor angestellt werden, l. 13. §. 13. 14. h. t., und zwar gelten dabei ganz die früher bei der R. V. näher entwickelten Grundsätze, vgl. Bd. I. §. 332. Anm.

Da nach den bisherigen Erörterungen der Besitztitel für die Anstellung der hered. petitio wesentlich ist, so erklärt es sich leicht, daß der Besitzer gegen die sonstige Regel genöthigt werden kann, dem künftigen Kläger seinen Besitztitel anzugeben, l. 11. C. h. t. Statt dieser vorgängigen interrogatio in jure ergreifen unsre Praktiker gewöhnlich den Ausweg, daß sie alternativ die R. V. oder act. Publ. mit der H. P. kumuliren. Vgl. übrigens auch *H. Sintenis*, select. cap. p. 62 sqq., Zimmermann a. a. O. bes. S. 456 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 190. Not. 35.

Wenn wir bisher sahen, wie Jemand besitzen müsse, um der rechte Verklagte bei der H. P. zu sein, so ist jetzt auch noch anzudeuten, was er besitzen müsse. Vor allen Dingen gehören nun, wie sich von selbst versteht, die eigentlichen Nachlaßsachen hierher, wobei es denn auch ganz gleichgiltig ist, ob der Verstorbene selbst sie schon im Vermögen hatte, oder ob sie erst nachher zu der Erbschaft gekommen sind, und ob sie wirklich in dem Vermögen des Verstorbenen standen, oder ob derselbe sie nur detinirte, l. 19. pr. §. 2. h. t. Ueberhaupt aber ist gar nicht erforderlich, daß unmittelbare Nachlaßsachen besessen werden, sondern auch der Besitz von Surrogaten genügt, und wer also z. B. eine in der Erbschaft befindliche Forderung eingetrieben, oder aus dem Verkaufe einer Erbschaftssache Geld erlöst hat, kann wirksam mit der H. P. belangt werden, l. 16. §. 1. h. t., so wie auch derjenige, welcher als früherer Besitzer von Erbschaftssachen Klagerechte erworben hat, l. 16. §. 4. 5. 7. h. t., ja selbst der Schuldner, welcher die Zahlung deßhalb verweigert, weil er selbst der Erbe sei, während, wenn er blos das Erbrecht des Klägers bestreitet, ohne selbst Erbe sein zu wollen, allerdings die gewöhnliche Schuldklage gebraucht werden muß, offenbar, weil dann nicht von einer possessio pro herede die Rede sein kann, l. 13. §. ult., l. 14.

l. 15, l. 42. h. t. Wie sehr sich auch in diesen Rücksichten die H. P. von der R. V. unterscheidet, leuchtet von selbst ein; vgl. Bd. I. §. 332. Anm. geg. E.

Anm. 2. Ueber die vom Kläger zu führenden Beweise vgl. Glück VII. S. 493 fgg., S. 503 fgg., Arndts im Rechtslex. V. S. 216 fgg., Sintenis III. §. 190, Unger, östr. Erbr. §. 51. Vgl. auch Seuffert's Arch. I. 95. 258. II. 359, VII. 243, VIII. 156, IX. 314—16, XI. 256, XII. 305, XIII. 154, XIV. 148. 149, XV. 138, XVI. 130. 254.

Anm. 3. Ueber die hereditatis petitio *partiaria* (Dig. V. 4. si pars hereditatis petatur) und die einzelnen dabei zu unterscheidenden Fälle vgl. Glück VIII. S. 2 fgg., Göschen, Vorles. §. 961 (III. 2. S. 442 fgg.), Arndts a. a. O. S. 213 fgg., Sintenis III. S. 583 fgg.

b) Verbindlichkeit des besiegten Verklagten. §. 506.

1) Ulp. l. 20. §. 6. h. t.: Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus, de quibus cum forma Senatusconsulto sit data, optimum est, ipsius Senatusconsulti interpretationem facere, verbis ejus relatis: Pridie Idus Martias Q. Julius Balbus et P. Juventius Celsus, T. Aufidius, Oenus Severianus Css. verba fecerunt de his, quae Imp. Caes., Trajani Parthici filius, D. Nervae nepos, Hadrianus Augustus Imperator Maximusque Princeps proposuit quinto Nonas Mart., quae proximae fuerunt, libello complexus [esset], quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt: *Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi qui se heredes existimassent, hereditatem distraxerint, placere, redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos qui bona invasissent, cum scirent, ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo lucupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem*

fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut literis, vel edicto evocatus esset, censuerunt. — Dieses wichtige Senatuskonsult, wodurch die H. P. in mehrfacher Beziehung eine neue, namentlich von der R. V. verschiedene Gestaltung erhielt, ist ausführlich von Ulpian im 15. Buch ad Edict. kommentirt worden, und die Exzerpte hieraus bilden den Kern des Pandektentitels de H. P. Vgl. auch Fabricius a. a. O. S. 181 fgg., Arndts, Beiträge S. 62 fgg., Rechtslex. S. 221 fgg., Francke a. a. O. S. 221 fgg., s. auch Dernburg, Verh. d. her. pet. zu d. erbschaftl. Singularklagen S. 15 fgg.

2) *Paul.* l. 22. h. t.: — — — Nam et in oratione. D. Hadriani ita est: *Dispicite, Patres Conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum, et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.* Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione ejus rei lucratus est.

3) *Idem* l. 28. eod.: Post SCtum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.

4) *Idem* l. 40. eod.: Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani est, ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba Orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet; Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. Vgl. Basil. XLII. 1. 40. (tom. V. p. 559.) und Schol. y. und a. (p. 633. 34), wodurch namentlich eine Bemerkung von Fritz in seiner Ausg. d. Wening'schen Lehrb. Buch V. §. 195. Not. h. (S. 396) nichts weniger als unterstützt wird.

c) Gegenansprüche des Verklagten. §. 507.

d) Verhältniß der hered. petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen, und Rechtsverhältniß des petitor und possessor in Beziehung zu Dritten. §. 508.

H. Dernburg, über d. Verhältniß der hered. petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelb. 1852.

Anm. In Beziehung auf die in der Ueberschrift angedeuteten Fragen kommt es im Wesentlichen auf folgende Punkte an:

I. Da sämmtliche Vermögensrechte des Erblassers auf den Erben übergehen, so versteht es sich, daß auch alle Singularklagen, welche aus solchen Vermögensrechten hervorgehen, sowohl actiones in rem, wie in personam, dem Erben zuständig sind. Wenn aber in der Person dessen, gegen welchen eine solche Singularklage begründet wäre, auch die Voraussetzungen der hereditatis petitio zusammentreffen, wenn derselbe also possessor pro herede (einerlei, ob bona oder mala fide, Francke S. 144 fg.) ist, so kann einer jeden solchen Singularklage die exceptio: *quod praejudicium hereditati non fiat* entgegengesetzt werden, *Gai.* IV. 133, l. 5. §. 2. h. t. Obwohl diese Einrede zum Theil ihren Grund in der eigenthümlich römischen Einrichtung hat, daß Erbschaftsstreitigkeiten regelmäßig der Entscheidung des Zentumviralgerichts unterliegen sollten, und die Anstellung von Singularklagen als unzulässige Umgehung dieses Gerichts erscheinen mußte, l. 12. C. h. t., so fehlt es doch auch nicht an allgemeinern Gründen für die Gestattung dieser exceptio, denn ohnedies hätte nicht nur der Erbschaftsbesitzer von einem chikanösen petitor Statt mit einer Universalklage, mit unzähligen Singularklagen belästigt werden können, arg. l. 13. §. 4. h. t., sondern es hätte auch, da die Leistungen des besiegten Beklagten bei der hered. petitio und bei Singularklagen sich beträchtlich von einander unterscheiden, die Lage des Erbschafts-Besitzers durch Zulassung der Singularklagen wesentlich verschlechtert werden können. Im einzelnen sind hierbei noch folgende Punkte zu erwägen:

1) Die Präjudizial-Einrede fällt hinweg, wenn die hered. petitio bereits anhängig geworden ist, l. 13. de except. (44, 1):

> *Julian.* „Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet, non obstare exceptionem: quod praejudicium hereditati non fiat; futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt".

Weil man dies so verstehen zu müssen glaubte, daß nach der Lit. Kontestation eine Singularklage ungehindert angestellt werden könne, dies aber zu einem augenscheinlich widersinnigen Resultate führt, so wollen Manche das Wort contestatam ausstreichen, oder es in concertatam umwandeln, vgl. z. B. *Donell.* comm. jur. civ. lib. XIX. c. 14. §. 12. (ed. Bucher tom. XII. p. 452 sqq.), *Noodt* ad tit. Dig. de H. P. circa fin. (in opp. Lugd tom. II. p. 186) —

„Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent“.

Wenn dies jetzt Francke S. 154 fg. S. 302 fgg. leugnet, und die Vindikation auch im Falle des Regresses zulassen will, so sind zwar die allgemeinen Gründe, die er dafür vorbringt, nicht unscheinbar, aber doch m. E. nicht so zwingend, daß sie eine Umwandlung des *„nisi“* in ein *„licet“* rechtfertigen könnten.

Ganz die hier angedeuteten Grundsätze müssen wohl ohne Zweifel auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Erbschaftsbesitzer nicht einzelne Sachen, sondern die ganze Erbschaft verkauft hat, und es findet also dasselbe Verhältniß zwischen der hered. petitio utilis gegen den Erbschaftskäufer, und der hered. petitio directa gegen den Verkäufer Statt, wie zwischen der vindicatio gegen die Käufer einzelner Sachen, und der hered. petitio gegen den veräußernden possessor. In l. 13. §. 4. h. t. muß wohl ohne Zweifel subintelligirt werden, daß kein Regreßanspruch gegen den veräußernden bonae fidei possessor begründet sei, und es ist dies um so unbedenklicher, da Erbschaftsverkäufe bei den Römern in der Regel so abgeschlossen wurden, daß der Verkäufer keine Garantie übernahm, l. 10. sqq. de her. v. act. vend. (18, 4), namentlich dann, wenn die Erbschaft wie in l. 13. §. 4. cit. vorausgesetzt wird (*„modico* vendidisse“), um unverhältnißmäßig geringen Preis verkauft wurde. A. M. ist natürlich auch hier Francke S. 154 fgg.

Vgl. überhaupt Fabricius im Rhein. Mus. IV. S. 180 fgg., Arndts im Rechtslex. V. S. 229 fgg., Planck, Mehrh. d. Rechtsst. S. 213 fgg., S. 507 fgg., Sintenis III. S. 573 fgg., Dernburg a. a. O. S. 85 fgg.

4) Wenn ein Erbschaftsschuldner an den putativen Erben Zahlung geleistet hat, und dieser hat das Empfangene an den Petitor restituirt, so wird dadurch der Schuldner ipso jure liberirt, l. 25. §. 17. fin., l. 31. §. 5. h. t., und von einer Klage des Petitor gegen die Schuldner auf nochmalige Zahlung kann natürlich keine Rede sein. Bevor aber das Gezahlte an den wahren Erben restituirt ist, bleibt der Schuldner ungeachtet seiner Zahlung verhaftet, und die Klage des Petitor gegen denselben ist also an sich unzweifelhaft begründet. Bestritten aber ist, ob nicht einer solchen Klage, nach Analogie des bei Nr. 3. behandelten Falls eine Präjudizial-Einrede entgegengesetzt werden könne? Viele z. B. Fabricius a. a. O. S. 190, Arndts a. a. O. S. 230, Seuffert, Lehrb. §. 582. nehmen dies unbedenklich an, während Andre z. B. Dernburg a. a. O. S. 92 fgg. es in Abrede stellen. Erwägt man, daß der Singularsuccessor die exc. praejudicialis nicht in seinem eignen, sondern nur im Interresse des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers vorschützen kann, und berücksichtigt man ferner, daß es dem letztren in unsrem Falle ganz gleichgiltig ist, ob er das von dem Schuldner Einkassirte, in Folge der hered. petitio an den wahren Erben, oder in Folge der condictio indebiti an den gezahlt habenden Schuldner restituirt — denn in beiden Fällen gleichmäßig haftet er blos bis zum Belauf der Bereicherung, vgl. §. 506 u. §. 625. Anm. 3 —: so muß man sich unbedenklich gegen jene angebliche Analogie erklären, und also dem Schuldner die Präjudizial-Einrede aus der Person des Possessor absprechen.

II. Durch die bisher dargestellte exc. praejudicialis soll verhütet werden, daß der Petitor Ansprüche, die er mit der hered. petitio geltend zu machen im Stande ist, zum Nachtheil des Possessor mit anderweiten Klagen verfolge. Nach der herrschenden Lehre kommt aber im römischen Rechte auch noch eine Präjudizial-Einrede mit ganz andrer Tendenz vor. Wenn nämlich eine hered. petitio zwischen zwei Partheien verhandelt wird, so soll der Regel nach einer jeden Klage, welche ein Dritter gegen einen der beiden Litiganten als Erben, oder welche umgekehrt einer der beiden Litiganten in seiner Erbenqualität gegen einen Dritten anstellt, eine Präjudizial-Einrede zu dem Zwecke opponirt werden dürfen, damit diese Klage bis zu rechtskräftig entschiedenem Erbrechtsstreite sistirt werde. Was den ersten dieser beiden Hauptfälle anbelangt — wenn Dritte, Gläubiger oder Legatare, gegen einen der beiden Litiganten klagend auftreten —, so scheinen unter den römischen Juristen viele Streitigkeiten über Zulässigkeit und Umfang der exc. praejudicialis geherrscht zu haben, l. 12. pr. C. h. t. („quumque multae varietates et controversiae veterum exortae sint"), und Justinian hat denselben in l. 12. C. cit. dahin entschieden, daß keine Präjudizial-Einrede mehr zulässig sein, sondern in andrer Weise geholfen werden solle, vgl. unten Nr. III. Was aber den zweiten Hauptfall betrifft — wenn einer der Litiganten, petitor oder possessor, gegen einen Dritten klagend auftritt —, so muß hier zwischen actiones in rem und in personam unterschieden werden.

1) Einer actio in rem, mag sie von dem petitor oder dem possessor gegen einen Dritten erhoben werden, kann (mit Ausnahme des oben bei l. 3. b. bemerkten Falls) keine exc. praejudialis entgegengesetzt werden, l. 25. §. 17. h. t., l. 49. eod.:

> *Papinian.* „Si bonae fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis, aut *qui res hereditarias occupaverint,* consistere, *audietur,* utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant. *Petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit.* Quid enim, si possessor hereditatis negligat? quid, si nihil juris habere se sciat?"

und es ist dies auch sehr natürlich, da es für das Rechtsverhältniß des beklagten Dritten völlig gleichgiltig ist, ob der Vindikant in dem Erbschaftsstreite siegt oder besiegt wird, und selbst, wenn Beide, der petitor und der possessor, gleichzeitig gegen ihn eine vindicatio erhoben hätten, leidet dies keine Ausnahme, da hier die einfache Regel der l. 57. de rei vind. (6, 1), vgl. l. 57. h. t., genügende Hülfe gewährt.

2) Nicht dasselbe findet bei actiones in personam Statt, denn ein Erbschaftsschuldner ist begreiflich sehr dabei interessirt, daß er nur dem wahren Erben Zahlung leiste, weil ihm ohnedies die Gefahr der Doppelzahlung droht, und wenn also ein Erbschafts-Prozeß im Gang ist, und einer der beiden Prätendenten tritt gegen ihn auf, so ist sein Verlangen, daß erst der Erbschaftsstreit ausgetragen werden möge, ehe er selbst in einen Prozeß verwickelt werde, gewiß wohl begründet. Deßhalb kann während verhandelter hered. petitio der possessor hereditatis nur dann mit Wirksamkeit gegen einen Erbschaftsschuldner auftreten, wenn Gefahr beim Verzuge ist („utique, si periculum erit, ne inter moras actiones

intercidant^a^), l. 49. cit., l. 5. pr. h. t. vgl. mit l. 7. § 2. de jure delib. (28, 8), und dasselbe muß doch wohl auch von dem petitor angenommen werden, obwohl streng genommen das argum. a contrario zu dem, freilich nicht wohl begreiflichen Satze führen würde, daß der Petitor nicht einmal in diesem Falle zur Klagdurchführung zugelassen werden könnte. Uebrigens fällt die Präjud.-Einrede dann hinweg, wenn der Kläger sich bereit erklärt, den Verklagten gegen den andren Prätendenten zu vertreten; und wenn der Schuldner gar keinen Prozeß will, sondern zur Zahlung bereit ist, so kann er auch durch gerichtliche Deposition der res debita sich von seiner Verbindlichkeit liberiren, l. 1. §. 37. depos.

Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. *Cujac.*, recitt. solenn ad Dig. lib. V. tit. 3, l. 5. (in opp. VII. p. 216 sqq.), Quaest. Papin. lib. III. ad l. 49. de H. P. (opp. IV. p. 73 sqq.), Obss. lib. XX. c. 35. (opp. III. p. 600), *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XIX. c. 14. §. 7 sqq. (ed. Bucher tom. XII. p. 445 sqq.), *Merill.*, obss. lib. VI. c. 10, Planck, Mehrh. der Rechtsstreit. S. 228 fgg. S. 508 fgg., Arndts im Rechtsler. V. S. 237 fgg., Sintenis III. §. 192. Not. 21, Dernburg a. a. O. S. 115 fgg., Francke a. a. O. S. 374 fgg.

III. In wiefern Erbschaftsgläubiger oder Legatare während eines bevorstehenden oder schwebenden Erbschaftsstreits gegen den possessor oder petitor Klage erheben können, war, wie schon oben bemerkt ist, unter den römischen Juristen streitig, wurde aber von Justinian in einer ausführlichen Verordnung, nämlich in l. ult. C. h. t. in folgender Weise entschieden:

1) Legatare können sich sogleich an den Onerirten halten, der ihnen jedoch nur gegen Kaution das Vermächtniß herauszugeben braucht, vgl. auch l. 6. h. t. (Francke S. 107 fgg.), l. 48. §. 1 de legat. II., l. 3. §. 6 sqq., l. 4, l. 8. si cui plus quam per leg. Falcid. (35, 3), l. 9. C. de legat. (6, 37). Wird der Onerirte in dem Erbschaftsstreite besiegt, so müssen die Legatare in Folge der Kaution die empfangenen Kapitalien mit 3 p. C. Zinsen, andere Sachen mit den gezogenen Nutzungen zurückerstatten, l. ult. cit. princ. — Wenn Planck a. a. O. S. 506. unsren Fall umgekehrt dahin entscheidet, daß der Legatar mit seiner Klage gegen den Testamentserben bis zu ausgemachtem Erbrechtsstreit warten müsse, so ist dies nach den ganz unzweideutigen Bestimmungen Justinian's schlechthin irrig, denn daß auch die Worte: si *ipse maluerit* etc. nicht wie Planck will, auf den Erben, sondern auf den Legatar bezogen werden müssen, darf dem ganzen Zusammenhang der Stelle nach nicht bezweifelt werden.

2) Gläubiger dürfen, wenn ihre Forderung auf eine Quantität oder ein genus gerichtet ist, sich nach ihrer Wahl an den petitor oder den possessor halten, während, wenn sie die Restitution einer Spezies einklagen, natürlich nur der Besitzer der rechte Verklagte ist. Wenn derjenige, welcher hiernach hat zahlen müssen, im Erbschaftsstreite unterliegt, so soll ihm, wenn er der possessor hereditatis war, bis zu völliger Befriedigung ein Retentionsrecht, (— aber gewiß auch nöthigen Falls eine actio negotior. gestor., vgl. Kämmerer in Gieß. Zeitschr. VIII. S. 202 fgg. —) zustehen; war er aber der petitor, so soll

der Richter im Urtheil über die H. P. für dessen Entschädigung Sorge tragen, und wenn dies unterlassen sein sollte, so soll ihm actio negotiorum gestorum oder eine condictio ex lege (ult. C. de H. P.) zustehen, l. ult. cit. §. 1. — Macht jedoch der Fiskus Ansprüche auf eine Erbschaft, so müssen bis zu ausgemachter Sache die Klagen der Erbschaftsgläubiger inhibirt werden, l. 35. de jure fisci (49, 14), denn diese auf einer speziellen ratio („ne publicae causae praejudicetur") beruhende Singularität des früheren Rechts ist sicher durch die neue Regel in l. ult. C. cit. nicht als aufgehoben anzusehen.

3) Direkte oder testamentarische Freilassungen sollen ein Jahr lang von dem Tode des Erblassers an gerechnet in suspenso bleiben; ist bis dahin der Erbschaftsstreit nicht entschieden, so werden die Sklaven frei, und der weitere Ausgang des Prozesses kommt nicht in Betracht, l. ult. cit. §. 2.

Vgl. überhaupt *Cujac.* recitt. solenn. ad Cod. lib. III. tit. 31, l. ult. (in opp. IX. p. 179 sqq.), observv. lib. IX. c. 27. (opp. III. p. 237), *Donell.*, comm. jur. civ. lib. XIX. c. 14. §. 13 sqq. (edid. Bucher, tom. XII. p. 457 sqq. S. auch *Muncke*, de actionibus exceptionibusque possessori petitorive hered. ratione eorum, quae ipsi creditoribus hereditariis legatariisque solverunt, competentibus. Heidelb. 1833. cap. III. §. 25. (p. 50 sqq.), Arndts im Rechtslex. V. S. 235 fgg., Dernburg a. a. O. S. 105 fgg.

IV. Die l. ult. C. h. t. bezieht sich blos auf solche Fälle, wenn ein Erbschaftsstreit bevorsteht oder schon wirklich ventilirt wird. Noch fragt sich aber, wie es sich verhalte, wenn der Besitzer der Erbschaft vorher Schulden oder Vermächtnisse bezahlt hat, und dann nachher die Erbschaft evinzirt wird? Was hier:

1) den *bonae fidei* possessor anbelangt, welcher Erbschaftsgläubigern Zahlung geleistet hat, so gilt die Regel, daß durch eine solche Zahlung der wahre Erbe nicht liberirt wird, und dem Zahlenden die condictio indebiti zusteht, l. 31. pr. h. t., l. 19. §. 1. de condict. indeb. (12, 6), l. 38. §. 2. de solut. (46, 3). Wenn man häufig unterscheidet, ob der possessor die Zahlung *suo* oder *hereditario* nomine gemacht habe, und im letztren Falle eine ipso jure eintretende Liberirung des wahren Erben, und Unzulässigkeit der cond. indebiti von Seiten des possessor behauptet, woraus sich denn auch l. 5. fin. C. h. t. erklären soll, vgl. z. B. *Gloss.* ad l. 31. h. t., *Cujac.*, recitt. solenn. ad Cod. lib. III. tit. 31, l. 5. (opp. IX. p. 168) und l. ult. (p. 181), *Ant. Faber*, Rational. ad l. 31. h. t., *Noodt*, ad tit. Dig. de H. P. circa fin., *Muncke*, diss. cit. §. 6. 14. 15. 23, Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 26 fgg.: so kann ich dieser Unterscheidung darum nicht beitreten, weil ich nicht einsehe, wie Jemand, welcher die Ueberzeugung hat, Erbe zu sein, anders als *suo* nomine zahlen kann; nur erst, wenn sein Erbrecht bestritten zu werden anfängt, also in einem Falle, welcher unter No. III. gehören würde, ist eine solche Trennung möglich, und auf einen solchen Fall muß man wohl praktisch den Ausspruch Antonin's in l. 5. fin. C. cit. beziehen, obwohl ich mich überzeugt halte, daß derselbe ursprünglich auf einem Mißverständnisse beruhte, vgl. auch l. 44. de cond. indeb. Vgl. Kämmerer in Gieß. Zeitschr. VIII. S. 185 fgg., Chambon, negot. gestio S. 149 fgg., Witte, Bereicherungsklagen S. 322 fgg. Obwohl nun aber der Erbe durch eine solche Zahlung nicht eigentlich liberirt wird, so kann

doch der possessor bei Herausgabe der Erbschaft immer so viel in Abrechnung bringen, als er gezahlt hat, und ist nur zur Zession seiner condictio indebiti verpflichtet, l. 31. pr. h. t. Wäre aber auch die Abrechnung erfolgt, ohne daß diese condictio zedirt wäre, so würde doch der petitor durch exceptio doli gegen eine nochmalige Forderung der von dem possessor befriedigten Gläubiger geschützt sein, so wie diese selbst in solchem Falle sich natürlich auch gegen die cond. indebiti des possessor mit dieser Einrede schützen können. Dies ist doch wohl der Sinn der Worte: „sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit", und die Meinung von *Faber*, Rational. ad l. 31. de H. P. und *Muncke* cit. §. 15, daß diese exceptio dem petitor nur dann zustehe, wenn er sich von dem possessor die condictio habe zediren lassen, ist gewiß nicht zu billigen, vgl. auch *Gloss.* ad h. l., *Cujac.* ad libr. VI. Dig. Julian. ad l. 20. §. 18. de H. P. (opp. tom. VI. p. 31). — Wenn der gutgläubige Besitzer Legate ausgezahlt hat, und es wird ihm nachher die Erbschaft evinzirt, so steht ihm auch, wenn er sich keine Kaution von den Legataren für einen solchen Fall bestellen ließ, doch eine Rückforderungsklage zu. Da aber diese ihn doch nicht immer schadlos halten kann, z. B. wenn der Empfänger insolvent geworden ist, so soll ihm im Geiste des Hadrianischen Senatuskonsultum in der Weise geholfen werden, „ut ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat", l. 17. h. t. Da in diesem letztren Falle vorausgesetzt wird, daß durch Eviktion der Erbschaft die Legate als ungiltige hinwegfallen, da also der possessor wirklich ein indebitum bezahlt hat, so liegt der Gedanke nahe, daß dem bonae fidei possessor überhaupt, wenn er ein indebitum, namentlich auch an vermeintliche Erbschafts**gläubiger**, entrichtet hat, das Recht zustehen müsse, das so Gezahlte, gegen Zession seiner condictio indebiti, bei Restitution der Erbschaft in Abzug zu bringen. Das Gegentheil lehrt aber **Ulpian** in l. 20. §. 18 h. t.:

> „Nam et Julianus libro VI. Dig. scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere, *nec imputaturum, quod non debitum solvit*",

indem danach der b. f. poss. dem Petitor das indebite Gezahlte nicht in Abzug bringen kann, eben so wenig, wie er das indebite Empfangene ihm zuzurechnen braucht, so daß also das Verhältniß des possessor zu dem petitor hier ganz gerade so bestimmt wird, wie nach dem Zeugniß desselben **Julian** an derselben Stelle seiner Digesten das Verhältniß des Verkäufers einer Erbschaft zu dem Käufer, l. 2. §. 7. de hered. v. act. vend. (18, 4) [„Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emtori restituere id debeat? Et est apud Julianum haec quaestio tractata libro VI. Dig., et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem, et quod non debitum solverit, non reputare, nam hoc servari, ut heres emtori non praestet, quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur, quod non debitum praestiterit"]. Ob etwa **Julian** an der angeführten Stelle seiner Digesten eine Parallele zwischen dem possessor und dem venditor hereditatis gezogen hat, mag dahin gestellt bleiben; mir will es bedünken, als wenn nicht nur eine solche Parallele unpassend, sondern überhaupt die Entscheidung in l. 20. §. 18. cit.

sowohl mit dem Geiste des Hadrianischen SCtum, als auch insbesondere mit der vorher angegebenen Entscheidung des Gaius in l. 17. h. t. schwer in Einklang zu bringen sei. Zwar führen schon die Griechen zu diesem Zweck an, daß in der l. 17. cit. von einem Falle die Rede sei, wo der possessor den Willen des Erblassers erfülle, und von einem Verschulden desselben also gewiß keine Rede sein könne, während dies in den Fällen der l. 20. §. 18. cit. sich anders verhalte, vgl. Schol. ad Basil. XLII. 1. 20. (tom. V. p. 616, bei *Heimbach* tom. IV. p. 214. sch. 14), und diese Erklärung ist nicht nur von der Glosse ad l. 17. cit., sondern auch von den meisten späteren Interpreten gebilligt worden, vgl. z. B. *Cujac.* ad lib. VI. Dig. Jul. ad l. 20. §. 18. de H. P. (opp tom. VI. p. 31), *Ant. Faber*, Rational. ad l. 17. de H. P., *Noodt* ad tit. Dig. de H. P. circa fin. (opp. II. p. 187), *Muncke*, diss. cit. §. 21. 23. fin., Witte, Bereicherungskl. S. 25 fg., Francke a. a. O. S. 198 fg., S. 248 fgg. Erwägt man aber, daß der bonae fidei possessor schlechthin keinen Schaden aus dem Erbschaftsbesitze haben, und ihm dabei auch bis zur Zeit des anhängig gemachten Erbschaftsstreits keinerlei culpa angerechnet werden soll, vgl. bes. l. 25. § 11. h. t., so möchte diese Erklärung doch schwerlich befriedigen, und da es auch dem Zusammenhang der Stelle nach nicht wohl angeht, die l. 20. §. 18. cit. blos von dem bonae fidei possessor *post controversiam motam* zu verstehen: so müssen wir wohl auf eine wahrhaft befriedigende Rechtfertigung der Julianischen Entscheidung verzichten, wenn wir sie auch als bindend anzuerkennen haben.

2) Wenn ein *malae fidei* possessor Erbschaftsgläubiger befriedigt hat, so wird dadurch der wahre Erbe eben so wenig liberirt, wie durch Zahlung von Seiten eines bonae fidei possessor, denn auch der bösgläubige Besitzer zahlt ja nicht im Namen des Erben, gleichsam als Geschäftsführer desselben, sondern suo nomine, indem er ja eben den wahren Erben ausschließen und selbst Erbe sein will. Aber auch eine condictio indebiti steht dem malae fidei possessor nicht zu, da er nicht irrthümlich zahlte, l. 1. §. 1. de cond. ind. (12, 6), und auch eine cond. sine causa, wie Muncke cit. §. 11. will, möchte sich schwerlich konstruiren lassen. So erklärt es sich denn freilich von selbst, daß der petitor bei Restitution der Erbschaft sich eine Abrechnung des so Gezahlten nicht anders gefallen zu lassen braucht, als wenn der malae f. p. kavirt, „a se petitorem defensum iri", l. 31. pr. h. t. In Folge dieser Kaution muß dann der frühere possessor, wenn der Erbe von den Gläubigern nochmals angegriffen werden sollte, als procurator in rem suam den Prozeß übernehmen, und dabei kann er denn ohne Zweifel die befriedigten Gläubiger durch eine exc. doli zurückschlagen, sowohl, wenn er aus Erbschaftsgeldern, als wenn er ex propriis die Zahlung gemacht hat, denn „bona fides non patitur, ut bis idem exigatur", l. 75. de R. J., vgl. auch *Muncke* diss. cit. §. 8—11. Hat der malae fidei possessor irrthümlich ein indebitum bezahlt, so braucht sich natürlich der wahre Erbe unter keiner Voraussetzung einen deßhalbigen Abzug gefallen zu lassen, sondern es bleibt dem Zahlenden überlassen, auf eigne Gefahr das Gezahlte zurückzufordern, sei es mit der cond. furtiva, wenn die Empfänger in mala fide waren, oder mit der cond. indebiti. Wenn *Muncke* cit. §. 22. die

letztre Klage wegen der mala fides des Zahlenden als nicht begründet ansieht, so läßt sich dies gewiß eben so wenig vertheidigen, wie wenn man demjenigen die condictio indebiti versagen wollte, welcher in der Absicht, für einen Andren zahlen zu wollen, und also mit dem Bewußtsein, selbst nicht zu schulden, irrthümlich ein indebitum leistet.

2) Interdictum Quorum bonorum. §. 509.

Dig. XLIII. 2, Cod. VIII. 2. Quorum bonorum. — von Savigny in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. V. 1. und VI. 3. (verm. Schriften Bd. II. S. 216 fgg., wo sich auch S. 291 fgg. ein „Nachtrag" aus d. Jahr 1849 findet), Thibaut im civ. Arch. X. 23, v. Löhr ebend. XII. 6, Francke, das Recht der Notherben S. 97 fgg., Fabricius im Rhein. Mus. IV. S. 204 fgg., Arndts, Beiträge Nr. 1. S. 108 fgg., Ders. im Rechtslex. Bd. V. S. 615 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. II. §. 128 fgg. (S. 55 fgg.), Mayer, Erbrecht I. §. 134. (S. 400 fgg.), Leist, Bonor. poss. I. §. 48 fgg. II. 2. §. 142 fgg. §. 156. §. 190 fgg., Sintenis III. §. 193, *Machelard*, theorie generale des interdits en droit Rom. Par. 1864. p. 49 suiv. Vgl. auch Gerau in Gieß. Zeitschr. XX. S. 281 fgg., Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Cassel Bd. VI. S. 120 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Ait Praetor: *Quorum bonorum ex Edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.* §. 1. Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet, et appellatur Quorum bonorum, et est adipiscendae possessionis universorum bonorum.

2) *Paul.* l. 2. (ult.) h. t.: Interdicto Quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

3) *Arcad.* et *Honor.* l. 3. C. h. t.: Constat, virum a bonis intestatae uxoris superstitibus consanguineis esse extraneum, quum prudentium omnium responsa et lex ipsa naturae successores eos faciant. Ergo jubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis, per interdictum Quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, secunda actione proprietatis non exclusa. — Im Theodos. Kodex (l. un. quor. bonor. IV. 21) geht noch folgender Passus voraus: Quid jam planius, quam ut heredibus

traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen. Constat rel.

Anm. 1. Ueber die Natur des interd. Quorum bonorum und über das Verhältniß desselben zu der heredit. petitio ging die herrschende Lehre von jeher dahin, daß das Interdikt ein summarisches Rechtsmittel sei, welches der Prätor dem bonor. possessor zu dem Zwecke eingeräumt habe, um sich damit schleunig in den Besitz der Erbschaftssachen zu setzen, daß aber darauf stets noch die hereditatis petitio folgen könne, wobei dann definitiv über das Erbrecht entschieden werde. Gegen diese Meinung ist aber in neuerer Zeit hauptsächlich v. Savigny in den angeff. Abhh. aufgetreten, indem er, besonders mit Zugrundelegung seiner Theorie über die nichtsummarische Natur der Interdikte, die Behauptung aufstellte, das interd. Quor. bonor. sei ein eben so definitiv über das Erbrecht entscheidendes Rechtsmittel, wie die hered. petitio, und es habe für den bonor. possessor ganz die letztre Klage vertreten. Später sei zwar eine eigne H. P. *possessoria* eingeführt, die sich jedoch von dem Interdikt nur durch ziemlich unwesentliche prozessualische Abweichungen unterschieden habe, während Zweck und Umfang beider Klagen völlig identisch gewesen seien: vgl. auch Fabricius a. a. O. Diese neue Theorie, obwohl mit großem Aufwand von Scharfsinn und Gelehrsamkeit begründet, hat jedoch im Ganzen nur sehr wenige Anhänger gefunden, und die gemeine Meinung spricht sich noch nach wie vor für die im Eingang dieser Anm. bemerkte Natur des Interdikts aus, und zwar, wie ich glaube, mit dem vollsten Rechte. Sehen wir nämlich hier auch ganz ab von der, meiner Ueberzeugung nach völlig haltlosen Basis, worauf v. Savigny hauptsächlich seine neue Theorie über das interd. Quorum bonor. gründet, von der Behauptung nämlich, daß die Interdikte überhaupt nicht summarisch gewesen seien (vgl. oben Bd. I. §. 142), so stellen sich auch noch mehrfache spezielle Gründe gegen diese Theorie heraus, und zwar möchten dabei folgende Momente vorzüglich in Betracht kommen.

I. Das Interdikt ist nicht darauf gerichtet, daß das Erbrecht des Imploranten anerkannt werde, sondern blos und allein auf vorläufige Erlangung des Besitzes der Erbschaftssachen. Daß nur dies die ursprüngliche Natur desselben sein konnte, geht aus den früheren Erörterungen über den Ursprung der bon. possessio von selbst hervor, vgl. §. 398. Anm.; denn wenn die ganze bonorum possessio ursprünglich nichts Anderes war, als eine provisorische Regulirung des Besitzstandes zum Zweck der hered. petitio, so versteht es sich von selbst, daß auch das Interdikt nur die Erlangung des Besitzes bezwecken konnte; wem durch das Dekret des Prätor jener vorläufige Besitz der Erbschaftssachen zuerkannt war, der realisirte jenes Dekret durch unser Interdikt. Daß dasselbe aber auch später diesen seinen ursprünglichen Charakter nicht verändert hat, geht daraus hervor, daß sowohl von den römischen Juristen, als von Justinian dasselbe zu den interdicta *adipiscendae possessionis* gezählt wird, Gai. IV. 143. §. 3 J. de interd. (4, 15), l. 2. §. 3. de interd. (43, 1), l. 1. §. 1. h. t. Daß aber das gemeinschaftliche Merkmal aller possessorischen

Interdikte, nicht nur der retinendae und recuperandae, sondern auch ganz eben so der adipiscendae possessionis causa comparata eben nur das ist, daß hier nicht de jure, sondern de possessione gestritten und entschieden wird, sollte doch billigerweise nicht ferner verkannt werden dürfen, wenn man nur, auch ganz abgesehen von dem Namen, die Art und Weise in Erwägung zieht, wie diese sämmtlichen Arten possessorischer Interdikte in unsren Quellen zusammengestellt werden, Gai. IV. 143. §. 2. J. de interd. (4, 15), l. 2. §. 3. de interd. (43, 1). Bedenkt man nun überdies, daß auch die übrigen interdicta adip poss. erweislich nur auf Erlangung des Besitzes, ohne Entscheidung der Rechtsfrage, gerichtet sind, wie namentlich das interd. Salvianum (vgl. Bd. I. §. 390. Anm. S. 891 fgg.), das interd. Quod legatorum, und das interd. Quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, so wird man doch auch gewiß für das interd. Quorum bonor. nichts Anderes annehmen können, um so weniger, da bei demselben nicht nur nirgends in den Quellen auf eine Entscheidung über Erbrecht, sondern umgekehrt öfter nur auf eine Entscheidung der Besitzfrage hingedeutet wird; vgl. z. B. Gai. IV. 144. und §. 3. J. de interd.:

> „— — — quia ei tantummodo utile est, qui nunc primum conatur adipisci *rei possessionem*, itaque si quis adeptus *possessionem* amiserit, desinit ei id interdictum utile esse".

Ulp. l. 1. §. 1. h. t.:

> „— — — et est adipiscendae *possessionis* universorum bonorum",

Sever. et Antonin. l. 1. C. h. t:

> „interdicto Quor. bonor. non aliter *possessor* constitui poteris".

Hierher gehört aber auch der ohnedies nicht wohl zu erklärende Grundsatz, daß das Interdikt anders, wie die hereditatis petitio, nur gegen die corporum possessores, und namentlich nicht gegen debitores hereditarii angestellt werden kann, l. 2. h. t. (T. 2), l. 3. C. h. t. (T. 3) verb.: „per interd. Quor. bonor. in petitorem *corpora* transferantur". Vgl. bes. v. Löhr, Francke und *Machelard* an d. a. OO.

II. Völlig unvereinbar mit der Savigny'schen Theorie muß uns der Ausspruch der l. 22. C. Theod. quor. appell. non recipit. (11, 36) erscheinen.

> „In interdicto Quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis";

denn nicht nur, daß man danach nicht einsieht, wie der Kaiser sagen kann, das Interdikt sei *beneficio celeritatis* inventum, so ist es doch in der That auch ungedenkbar, daß die Appellation von einem Urtheil ausgeschlossen sein soll, welches definitiv über Erbrecht entschiede. Beides, sowohl jene Aeußerung des Kaisers, als auch der Rechtssatz, daß keine Appellation Statt finden solle, paßt dagegen augenscheinlich sehr gut zu der herrschenden Lehre, wonach ja das Interdikt nur ein summarisches und provisorisches Rechtsmittel ist, worauf noch immer eine definitive Klage folgen kann. Wenn v. Savigny gegen dieses Letztre die Grundsätze über exceptio rei judicatae anführt, so ist dieses eine offenbare petitio principii. Denn jene Einrede findet bekanntlich nur dann Statt, wenn *eadem quaestio* inter easdem personas revocatur (Bd. I.

S. 279 fgg.), und nimmt man nun mit der gemeinen Lehre an, daß das **interd. Quor. bonor.** blos die Erlangung des **Besitzes** bezweckt, so muß man nothwendig mit Paulus in **l. 14. §. 3. de exc. rei judic. (44, 2)** sagen: „**Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur**". Auf **l. 3. C. h. t.** (T. 3) darf man sich freilich nicht berufen, um zu beweisen, daß auf das **interd. Quorum bonorum** noch die **hereditatis petitio** folgen könne, denn gewiß dürfen die Schlußworte **secunda actione proprietatis non exclusa** nicht auf die **hered. petitio**, sondern müssen nothwendig auf die **rei vindicatio** bezogen werden, wie besonders aus der Fassung der Stelle im Theodos. Codex klar hervorgeht, v. Savigny in der gesch. Zeitschr. V. S. 5 fgg., Francke, Recht der Notherben S. 99 fgg., Arndts, Beiträge S. 39 fgg., Leist I. S. 394 fg. II. 2. S. 198 fgg.

III. Nach der hier vertheidigten Meinung erklärt sich sehr natürlich, wie neben dem **interd. Quorum bonorum** noch eine **hered. petitio** ***possessoria*** entstehen konnte. Daß von der Letztren noch keine Rede sein konnte, so lange die **bonorum possessio** nur dem präsumtiven **heres** gegeben wurde (oben S. 11 fgg.), versteht sich ganz von selbst; denn war dies zugleich der wirkliche **heres**, so hatte er ja die gewöhnliche **hered. petitio**, und war er es nicht, so hatte er gar kein petitorisches Rechtsmittel, sondern es konnte ihm stets von dem wahren Erben die **hereditas** evinzirt werden. Nachdem aber die **bonor. possessio** über ihre ursprüngliche Sphäre hinaus auch als Mittel gebraucht wurde, um für **non heredes** eine Art selbstständigen Erbrechts zu begründen (oben S. 12 fgg.), mußte sich die Einführung einer besondren, der zivilen **hered. petitio** nachgebildeten, Klage als ein dringendes Bedürfniß herausstellen, denn die dem **bon. possessor** allerdings zustehenden ***fictitiae*** **actiones (Gai. IV. 34, Ulp. XXVIII. 12)** konnten ihm natürlich eben so wenig genügen, wie dem **heres** die einzelnen ***directae actiones***, und noch weniger konnte ihm das **interd. Quor bonor.** eine solche Klage ersetzen, eben weil er durch jenes Interdikt nur den Besitz wirklicher Erbschaftssachen erlangte. Er bedurfte einer Klage, in Folge deren er als Erbe anerkannt, und ihm also das Mittel wurde, die vollständige Repräsentation des Verstorbenen zwangsweise zu verwirklichen: und dies ist nun eben die **hered. petitio possessoria**, deren Einführung also für die Fälle der s. g. **bon. poss. necessaria** schlechthin nöthig war, wenn der Prätor in wirklich genügender Weise für diejenigen sorgen wollte, „**quos ipse velut heredes fecit**", **l. 1. de poss. hered. pet. (5, 5).** — Legt man dagegen die Ideen v. Savigny's über das **interd. Quor. bonor.** zu Grunde, so muß uns die Einführung jener **her. pet. possessoria** wahrhaft unbegreiflich erscheinen, denn beide Klagen sollen ja danach ganz denselben Umfang und denselben Zweck haben, und nur unbedeutende prozessualische Verschiedenheiten sollen Statt finden; und wenn Savigny selbst bekennen muß (Zeitschr. V. S. 18. a. E.), daß nach seiner Meinung, „wenn gleich Anfangs die **H. P. poss.** vorhanden gewesen wäre, man das Interdikt durchaus nicht nöthig gehabt hätte", so liegt doch darin auch von selbst das fernere Geständniß, daß, da das Interdikt gleich Anfangs vorhanden war, man die **her. pet. possess.**

durchaus nicht nöthig hatte, daß also in der Einführung derselben ein unbegreiflicher Luxus des prätorischen Edikts gefunden werden müßte. Wollte man dies aber doch für die Zeit der Einführung jener Klage allenfalls mit dem freilich schwachen Grunde, daß ja doch immer ein Paar außerwesentliche prozessualische Verschiedenheiten Statt gefunden hätten, entschuldigen, so wäre dies doch jedenfalls zu Justinian's Zeit vollständig hinweggefallen, indem da ja der alte eigenthümliche Interdiktenprozeß nicht mehr vorkam (§. 8. J. de interd.), und doch werden uns da die H. P. possessoria und das interd. Quor. bonor. noch immer als verschiedene Rechtsmittel aufgeführt, und jedem derselben ein eigner Titel gewidmet, cf. Dig. de posses. her. pet. (5, 5) und Dig. quor. bonor. (43, 2). — Die Schwierigkeiten, welche entstehen, wenn man dem interd. Quorum bonor. ganz gleiche Bedeutung mit der hered. petitio beilegt, und dann doch findet, daß noch eine besondre hereditatis petitio possessoria vorkommt, haben denn auch neuerlich sogar die Idee hervorgerufen, jene ganze H. P. possessoria sei dem Namen und der Sache nach dem früheren römischen Rechte völlig fremd gewesen, und das Ganze sei nur erst eine monströse Schöpfung Justinians, Fabricius im Rhein. Mus. IV. S. 178 fgg., Ders., Ursprung und Entwickl. der B. P. S. 200 fgg. Vgl. dagegen Arndts a. a. O. S. 51 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. III. S. 60 fgg. und testam. Erbr. II. S. 47 fgg. „Justinian hat aus Mißverstand vielfach gefehlt, aber er ist nicht der große falsarius, zu dem man ihn täglich im historischen Eifer machen will!" Roßhirt a. a. O. (vgl. übrigens auch über die hered. pet. possessoria Leist Bon. poss. II. 2. §. 119. fgg. §. 152).

IV. Endlich mag hier noch die Bemerkung Platz finden, wie so gut zu der herrschenden Lehre die Bemerkung von Gai. III. 34. paßt, daß auch dem Zivilerben die Agnition der bon. poss. wegen des interd. Quorum bonor. nützlich sei, vgl. auch Collat. l. R. et M. XVI. 3. Was dies dagegen nach Savigny's Theorie für eine *utilitas* sein solle, ist schwer einzusehen; denn wenn nach Savigny dem bonorum possessor, wenn er schon vorher die H. P. possessoria gehabt hätte, das interdictum durchaus überflüssig gewesen wäre, so müßte man jedenfalls für den heres die völlige Nutzlosigkeit des Interdikts behaupten, da dieser ja schon die hered. petitio civilis hatte.

Anm. 2. Im Einzelnen gelten nun für das interd. Quorum bonorum folgende Grundsätze:

I. Kläger kann nur derjenige sein, welcher die bon. poss. agnoszirt hat, l. 1. pr. h. t., Gai. IV. 144. §. 3. J. de interd.; und während zur Anstellung der hered. pet. utilis auch Universal-Fideikommissare, Käufer u. s. w. zugelassen werden, so ist dies bei dem interd. durchaus nicht der Fall. Ja selbst der *heres* kann sich nicht anders dieses Interdikts bedienen, als wenn er zugleich auch die bon. poss. agnoszirt hat, Gai. III. 34, Collat. legg. R. et M. XVI. 3, und auch für das Justinianische Recht läßt sich schwerlich eine Aenderung beweisen. Zwar beruft man sich zu diesem Zwecke auf l 1. C. h. t., wo Sever und Antonin reskribiren:

„— — Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui

poteris, quam si te defuncti filium esse, et *ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum* probaveris".

Aus dem Vordersatze: quamvis — — agnovisti geht ja aber deutlich hervor, daß wirklich die bon. poss. contra tabulas agnoszirt war, und so können die unterstrichenen Schlußworte nicht wohl einen andren Sinn haben, als daß der Kaiser auf einen Sohn hindeutet, welcher entweder als Suus zur Hereditas und zur bon. possessio, oder als Emanzipatus nur zu der letztren berufen war, und in jedem der beiden Fälle die bon. poss. wirklich agnoszirt hat, vgl. v. Löhr S. 100. Not. 52, Arndts a. a. O. S. 616, Leist I. S. 389 fg., II. 2. S. 470 fg.

II. Angestellt wird dieses Interdikt gegen denjenigen, welcher Erbschaftssachen pro herede oder pro possessore besitzt, und zwar kann hier, in Folge des Hadrianischen Senatuskonsults über die hered. petitio, selbst eine vollendete usucapio pro herede nicht dagegen schützen, L. 1: „— — possideresve, si nihil usucaptum esset", vgl. oben Bd. I. §. 320. Anm. 1. Außerdem kann aber auch das Interdikt noch wirksam gegen denjenigen angestellt werden, welcher pro herede oder pro possessore besessen, diesen Besitz aber böslicher Weise aufgegeben hat, L. 1, nicht aber gegen die in den Quellen s. g. juris possessores (vgl. unten IV).

III. Das Verfahren hierbei ist summarisch. Was insbesondere den vom Kläger zu erbringenden Beweis anbelangt, so kann dieser der Natur der Sache nach nur darauf gerichtet sein, daß ihm eine *bonorum possessio* erworben sei; ist dies eine decretalis, bei deren Ertheilung also eine causae cognitio schon vorausgegangen ist, so wird jener Beweis schon vollständig durch Vorlegung des Dekrets geführt; ist es aber eine edictalis, so muß bewiesen werden, nicht nur, daß rechtzeitig die bon. poss. agnoszirt worden, sondern auch, daß die faktische Grundlage derselben wahr ist, daß also z. B. der Kläger in tabulae VII signis signatae zum Erben eingesetzt, daß er wirklich ein Sohn des Erblassers ist u. dgl., l. 1. C. h. t.: „— — interdicto non aliter possessor constitui poteris, quam si *te defuncti filium esse*, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum *probaveris*". Diese Thatsachen müssen denn auch wirklich bewiesen, nicht blos bescheinigt werden; und insofern muß man v. Savigny'n gewiß beistimmen; aber es leuchtet von selbst ein, daß dieser Beweis keineswegs immer genügen kann, um mit der petitorischen, auf definitive Anerkennung des Erbrechts gerichteten hered. petitio durchzudringen, wenn man nur erwägt, daß das Interdikt auch für die Fälle der bon. poss. *sine re* ganz eben so wirksam ist, wie für bon. poss. cum re, was sich natürlich in Betreff der hered. petitio anders verhält; vgl. auch v. Löhr a. a. O. S. 106 fgg., Francke S. 102, Mayer S. 404 fgg. — Was noch die in diesem Interdiktsprozeß zulässigen Einreden betrifft, so kann man, wenn unsre Grundansicht richtig ist, nur die Einrede zulassen, daß der Verklagte eine bessere *bonorum possessio* erworben habe; alle andren dagegen, z. B. daß er ein besseres Erbrecht habe (also durch Eviktion der Erbschaft den Kläger zum bonor. possessor sine re machen könne), daß ihm an einzelnen Erbschaftssachen Eigenthumsrecht zustehe (vgl. L. 3) u. dgl. m. müssen durchaus aus-

geschlossen, und zu besondrem Rechtsstreite verwiesen werden. Vgl. bes. Briegleb, Einleitung in die summar. Prozesse S. 208 fgg.

IV. Endlich ist auch der Zweck des interd. Quorum bonor. wesentlich verschieden von dem Zwecke der hered. petitio. Während nämlich die letztere principaliter auf Anerkennung des klägerischen Erbrechts gerichtet ist, wovon es dann als natürliche Folge erscheint, daß der Verklagte zur Restitution alles dessen verurtheilt wird, was durch den Erbschaftsbesitz in seine Hand gekommen, so ist dagegen bei dem Interdikt der einzige Zweck der, daß der Kläger den Besitz der eigentlichen Erbschaftssachen erlange. Daß man damit auch Herausgabe der Surrogate, oder Abtretung etwaiger mit Rücksicht auf Erbschaftssachen erworbener Klagen verlangen, daß man damit auch Erbschaftsforderungen einklagen könne u. dgl. m., was alles bei der hered. petitio zulässig ist, läßt sich aus unsren Quellen nicht erweisen, und widerstreitet vielmehr der wahren Natur unsres Interdikts, vgl. auch L. 2. und L. 3. verb.: *corpora* transferantur. Wenn es in l. 1. §. 1. h. t. (L. 1) heißt: „hoc interd. — — *ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet*", so soll damit gewiß nur angedeutet werden, daß der Kompler sämmtlicher Erbschaftssachen Gegenstand des Interdikts sei, nicht aber auch, daß die Restitutionspflicht des Verklagten hier eine so universelle sei, wie bei der hered. petitio.

Auch in unsrem Rechtsleben ist im Ganzen die wahre Natur des interd. Quor. bonor. stets anerkannt und festgehalten worden, und namentlich wurde dasselbe, wie schon oben bemerkt ist, als ein im summarischen Prozeß zu verhandelndes Rechtsmittel aufgefaßt, wodurch nicht definitiv über das Erbrecht, sondern nur provisorisch über den Besitz entschieden wird, und welchem dann noch immer eine Verhandlung über das Erbrecht im ordentlichen Prozeß mittelst der hereditatis petitio nachfolgen kann. Nur darin weicht eine ganz entschiedene und konstante Praxis von den vorher dargestellten Grundsätzen ab, daß man das Interdikt unbedenklich einem jeden Erben, ohne alle Rücksicht auf die Agnition der bonor. possessio einräumt, und nicht selten werden dabei auch keine eigentlichen Beweise verlangt, sondern man begnügt sich damit, daß der Implorant durch Bescheinigung sein Erbrecht wahrscheinlich macht; vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Leist a. a. O. §. 190 fgg. u. s. auch z. B. aus der neuesten Zeit Strippelmann a. a. O. und Seuffert's Archiv II. 77. III. 279. 280, VII. 71. In diesen Abweichungen blos theoretische Irrthümer zu erblicken, ist gewiß unzulässig, sondern dieselben sind als wahre gewohnheitsrechtliche Modifikationen aufzufassen, wodurch einem fühlbaren Bedürfniß des Rechtslebens Abhilfe gewährt wurde, obwohl sich gegen die Bescheinigungs-Theorie sehr erhebliche Bedenken geltend machen lassen, und es auch sehr zweifelhaft sein dürfte, daß auch hierfür eine gemeinrechtliche Praxis sich gebildet habe; vgl. Briegleb a. a. O.

3) Remedium ex l. ult. C. de Edicto D. Hadriani tollendo. §. 510.

Cod. VI. 33. de Edicto D. Hadriani tollendo et quemad-

modum scriptus heres in possessionem mittatur; vgl. auch Cod. III. 20. [ubi de hereditate agatar, vel] ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant. — *Cujac.*, ad Cod. VI. tit. 33. (opp. IX. pag. 791 sqq.), *Giphan.*, explanat. difficilior. legg. Cod. ad l. 3. h. t. (tom. II. p. 110 sqq.), *Mascov.*, Exercit. ad l. ult. C. de ed. D. H. toll. (in opusc. I. 3), v. Löhr in der Gießer Zeitschr. VI. 9, *Sintenis*, capita selecta ex jure civ. Giess. 1840. c. 1, Roßhirt, testam. Erbr. II. §. 134. S. 73 fgg., Bachofen, Pfandrecht I. S. 365 fgg., Leist, Bonor. poss. II. 2. S. 196 fgg. S. 290 fgg. S. 465 fgg., Strippelmann, Entsch. des O. A. G. zu Cassel VI. S. 111 fgg., Briegleb, summar. Prozesse S. 205 fgg., und s. auch prakt. Arch. VII. S. 445 fg., Seuffert's Arch. II. Nr. 75. 76. III. Nr. 281—286. VI. Nr. 229, IX. 317, XII. 50, XIV. 103, XVII. 70.

Justinian. l. ult. C. h. t.: Edicto D. Hadriani, quod sub occasione vicesimae hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis ex nostra recessit republica, antiquatis nihilominus omnibus aliis, quae circa repletionem vel interpretationem ejusdem Edicti promulgata sunt, sancimus, ut si quis ex asse vel ex parte institutus competenti judici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositione testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in judicio competente causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit. Nullis angustiis temporum hujusmodi missione coarctanda, sed sive tardius, sive praemature aliquis missus est, legis tantummodo arbitrium requiratur, et causa, unde vel missio, vel contradictio exoriatur. Sive enim post annale tempus, sive post majoris aevi curricula aliquis fuerit missus, si tamen ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obstaculum objiciatur, nisi tantum

temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte, vel ex utroque latere temporis prolixitas occurerit, manifestissimum est, non solum missionem, sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam.

Anm. Wenn der Testamentserbe in Folge der l. ult. C. cit. auf Besitzeinweisung anträgt, so entsteht die Frage, ob und welche Einreden einem solchen Antrage entgegengesetzt werden können? Hier ist nun wohl zunächst so viel außer Zweifel, daß, wenn der Gegner ebenfalls ein äußerlich fehlerfreies, nicht älteres, Testament für sich anführen kann, wenn er also in der Lage ist, gleichfalls das beneficium der l. ult. für sich ansprechen zu können, diese Einwendung jedenfalls berücksichtigt werden muß. Außerdem sind aber auch nach den Worten der l. ult. noch zwei andre Einreden für zulässig zu halten. Es kann nämlich der Verklagte

1) einwenden, daß er die von den Testamentserben in Anspruch genommene Sache titulo singulari inne habe, daß er sie also z. B. von irgend einem Dritten gekauft, geschenkt erhalten u. dgl. Dies ist doch wohl der natürlichste Sinn der Worte „*non autem legitimo modo ab alio detinentur*", und gegen die innere Konsequenz dieses Satzes läßt sich gewiß nichts einwenden, wenn man erwägt, daß ja der Testamentserbe, selbst mit der hereditatis petitio und dem interd. Quorum bonorum gegen einen solchen Besitzer nichts auszurichten vermag, sondern zu einer Spezialklage greifen muß, vgl. auch v. Löhr a. a. O. S. 333. A. M. ist *Sintenis* cit. p. 18 sqq., indem er auf das *detinentur* ein doch wohl ungebührliches Gewicht legt, und deßhalb jene Worte vielmehr von dem Falle verstehen will, wenn Jemand vermöge eines mit dem Testator abgeschlossenen, und also auch von dem Erben anzuerkennenden, Obligationsverhältnisses, z. B. Miethe, Kommodat u. dgl., die Detention von Erbschaftssachen hat. Will man aber auch diese Auslegung, deren Möglichkeit ich allerdings zugebe, billigen, so muß man dennoch unsre Einrede zulassen, eben weil sie sich schon mit innerer Nothwendigkeit aus der Natur der Sache ergiebt, und einer besondren gesetzlichen Bestätigung gar nicht bedarf, v. Savigny in der gesch. Zeitschr. VI. S. 234. Not. a. E., Mayer, Erbr. I. 421, Roßhirt a. a. O. S. 78.

2) Der Verklagte kann auch die Einrede der Verjährung vorschützen. Das alte beneficium ex Edicto D. Hadriani war auf die Zeit eines Jahres beschränkt, Paul. III. 5. 16; statt dessen verfügte aber Justinian in l. ult. cit., daß entweder nur die Acquisitiv-Verjährung des Eigenthums, oder eine solche Extinktiv-Verjährung vorgeschützt werden dürfe, wodurch auch die hered. petitio des Testamentserben ausgeschlossen würde. Auf diese beiden Arten der Verjährung beziehen sich ohne Zweifel auch die Schlußworte: si enim *vel ex una parte, vel ex utroque latere,* temporis prolixitas occurerit rel., indem die Worte ex una parte auf die Extinktiv-Verjährung hindeuten (indem da

dem Verluste auf der einen Seite kein eigentlicher Rechtserwerb auf der andren Seite entspricht), die Worte ex utroque latere aber auf die Usukapion hinweisen (indem da Rechtserwerb auf der einen, und Rechtsverlust auf der andren Seite zusammentreffen, vgl. auch *Gloss.* ad h. l. (*ex una parte* i. e. odio tantum, ut est in praescr. XXX. annor. — — — —, *ex utroque latere* i. e. favore et odio, ut est in praescr. X. vel XX. annor. — —), und ähnlich auch *Giphan.* cit. p. 115. —

Andre Einreden, und zwar namentlich solche, welche innere Mängel des Testaments zum Gegenstand haben, z. B. daß es dem Testator an der testam. factio gefehlt, daß das Testament verfälscht, inofficiös u. dgl. sei, können hier nicht mit Effekt vorgeschützt werden, sondern sind in den petitorischen Rechtsstreit zu verweisen. Nach dem alten Benefizium ex Edicto Hadriani ist dieses ganz unzweifelhaft, Paul. III. 5. 14, aber gewiß muß dasselbe auch noch nach der neuen Justinianischen Gestaltung dieses Rechtsmittels angenommen werden, wie nicht nur aus Zweck und Geist der l. ult., sondern insbesondre auch noch aus der Aufnahme der l. 3. C. h. t. in die Justinianische Kompilation hervorgeht. Freilich könnte man den Passus der l. ult.: Sin autem aliquis contradictor extiterit rel. entgegenhalten wollen, indem da gesagt sei, daß, im Falle ein contradictor da sei, ein Verfahren eingeleitet werden solle, in welchem derjenige als Sieger anerkannt werden müsse, *„qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit“*; aber ich bin mit v. Savigny in der gesch. Zeitschr. VI. S. 233 fgg. Not. überzeugt, daß hier Justinian gar nicht von dem Verfahren bei der missio, sondern von dem petitorischen Rechtsstreite redet, welcher auf die missio folgt, denn augenscheinlich setzt ja der Kaiser die schon geschehene missio voraus („missionis et *subsecutae* contradictionis“, *„qui missus est“*), s. auch Mayer, Erbr. I. S. 420. Not. 4.

4) Bonorum possessio furiosi nomine. §. 511.

Dig. XXXVII. 3. de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, coeco, competente, Cod. V. 70. de curatore furiosi vel prodigi. — *Frehse* (praes. *Becmann*), de adquisit. hereditatis dementi delatae. Gott. 1772, *Rotermund*, de successione furioso delata. Gott. 1825, Löhr in sein. Magaz. III. S. 59 fgg., im ziv. Arch. V. S. 116 fgg., in der Gieß. Zeitschr. N. F. IV. S. 252 fgg., Fabricius, Urspr. und Entw. der bon. poss. S. 165 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 363 fgg., Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm. XLII. S. 445 fgg., Vangerow im ziv. Arch. XXX. S. 1 fgg., Fritz in Gieß. Zeitschr. N. F. IV. S. 157 fgg., Leist, Bonor. poss. II. 2. S. 315 fgg., Sintenis III. §. 183. Not. 11, prakt. Arch. III. S. 459 fgg., Köppen, Syst. S. 411 fgg., Francke, her. pet. S. 384 fgg.

Justinian. l. 7. C. de curator. furiosi: — — — §. 2. Sin perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juri veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus. §. 3. Sin autem ex alia quacunque causa hereditas ad eum vel successio perveniat, tunc magna et inextricabilis vetustissimo juri dubitatio exorta est, sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator ejus ad bon. possessionem petendam admitti debeat? Et juris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. Nos itaque utramque auctorum aciem certo foedere compescentes sancimus, furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire, vel bonor. possessionem agnoscere; curatori autem ejus licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem ei esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bon. possessionis habere, quum petitio bon. possessionis Constantiniana lege sublata sit, et ab ea introducta observatio, quae pro antiqua sufficit petitione. — — — §. 8. Sin autem in furore diem suum finierit, vel ad suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel ad substitutum, vel ab intestato heredes, vel ad nostrum aerarium, eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cujus bona vocabantur, si non in medio esset fuiosus, omni satisdatione vel cautione, quam per inextricabilem circuitum veteris juris auctores induxerunt, radicitus excisa.

5) Missio ventris nomine. §. 511 a.

Dig. XXXVII. 9. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus; cf. Dig. XXV. 5. si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem dolo malo ad alium translata esse dicatur, XXV. 6. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur. — *Foerster*, de bon. poss. liber. praeterit. contra tabulas parentum p. 242 sqq., Bachofen, Pfandr. I. S. 328 fgg., Leist, Bonor. poss. II. 1. S. 90 fgg. II. 2. S. 341 fg. — Glück XXVIII. S. 330 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 2. de ventre in poss. mitt.: Toties mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus, et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum erit. Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur, suus futurus sit, ventrem mittemus; aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.

3) *Idem.* l. 6. eod.: Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit, ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur.

4) *Idem.* l. 7. eod.: Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere possit, ut in omnibus partibus Edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est.

6) Bonorum possessio ex Carboniano Edicto. §. 512.

Dig. XXXVII. 10. Cod. VI. 17. de Carboniano Edicto. — *Foerster*, de bon. poss. contra tab. pag. 202 sqq., Bachofen, Pfandr. I. S. 334 fgg., Leist, Bonor. poss. II. 1. S. 98 fgg. II. 2. S. 341 fg., Sintenis III. §. 194, *Altmann*, de bonor. poss. ex Carbon. Ed. Vratisl. 1855, *Hingst*, bon. poss. p. 153 sqq.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset; et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

2) *Scaevola* l. 20. de inoff. test. (5, 2): Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere; toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, heres esset aut bonor. possessor, ut interim et possideat, et alatur, et actionibus praejudicium non patiatur. Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere, nec ali, nec unquam melioris sit conditionis, quam si confitetur adversarius.

3) *Ulp.* l. 3. §. 4. h. t.: Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonor.

possessionem peterent, non daretur bon. possessio. Summatim ergo, quum petitur ex Carboniano bon. possessio, debet Praetor cognoscere. Et si quidem absolutam causam invenerit, evidenterque probatur, filium non esse, negare debet ei bon. possessionem Carbonianam; si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bon. possessionem. Vgl. Briegleb, Einl. in die summar. Proz. S. 248 fgg.

Anm. Nach l. 1. cit. verspricht der Prätor dem Unmündigen, dessen Kindschaft und Erbrecht bestritten wird, eben so eine possessio zu geben, *ac si nulla de ea re controversia esset,* und die definitive Entscheidung über diesen Streit soll bis zu den Jahren der Mündigkeit ausgesetzt werden. Daß der Prätor eine wirkliche *bonorum possessio* versprach, ist nach dieser Ausdrucksweise Ulpian's kaum zu bezweifeln, und dafür spricht denn auch noch, daß die römischen Juristen ganz gewöhnlich und regelmäßig den Namen bon. possessio dafür anwenden, vgl. l. 1. §. 8. 9. 10, l. 3. §. 2. 3. 4. 5. 13. 14. 15. 16, l. 4, l. 7. §. 4. 6. 8, l. 14, l. 15. h. t., daß die allgemeinen Fristen für Nachsuchung der bon. poss. ohne Weiteres auch auf diese Carboniana possessio bezogen werden, l. 3. §. 14. h. t., daß der, welcher sie agnoszirt hat, „perpetuo possessoriis actionibus utitur", l. 4. h. t. (was doch gewiß nichts anderes heißt, als daß er die Rechtsmittel eines bon. possessor habe), und daß nach dem Ausspruch des Hermogenian in l. 15. h. t. „haec bonorum possessio, si satis datum sit, non tantum ad possessionem adipiscendam, sed ad res etiam persequendas et debitum exigendum, et collationem bonorum et dotis et omnium, quae conferri diximus, prodest". Mit allem diesem verträgt sich nicht wohl die besonders von v. Löhr im Magaz. II. S. 451 fgg., IV. S. 436 fgg. und *Foerster* I. 1. p. 235 sqq. vertheidigte Meinung, daß die Carboniana possessio eine blose missio in possessionem sei, wogegen auch noch besonders spricht, daß nirgend, wo die Missionen zusammengestellt werden, auch die Carboniana possessio dahin gerechnet wird, vgl. l. 4. §. 1. de officio ejus, cui mand. est jurisd. (1, 21), l. 3. §. 23, l. 10. §. 1. de acquir. v. amitt. poss. (41, 2), l. 1. quib. ex caus. in posses. eatur (42, 4), vgl. auch Fabricius, Ursprung der B. P. S. 168 fgg., Huschke in Richter's Jahrb. 1839. S. 28 fgg., Bachofen a. a. O. S. 336 fg., *Altmann* cit. p. 26 sqq., *Hingst* l. c. Wenn freilich nicht selten bei der b. p. Carbon. auch von einer missio in possessionem die Rede ist, vgl. l. 3. §. 13, l. 5. §. 3, l. 6. §. 6, l. 7. §. 5. h. t., so erklärt sich dies leicht, weil diese bon. poss. der Natur der Sache nach nur eine interimistische sein kann, und so mit einer gewöhnlichen missio in possessionem die größte Aehnlichkeit darbietet, und eben daraus erklärt sich auch der öfter in den Quellen ausgesprochene Gegensatz zwischen b. p. ordinaria und b. p. ex Carboniano edicto, womit namentlich auch noch folgende Sätze zusammenhängen:

1) Wenn der Unmündige nicht als *heres* Ansprüche auf die Verlassen-

schaft des Verstorbenen machen kann, sondern dazu einer bonor. possessio bedarf, so genügt es nicht, daß er die Carboniana possessio agnoszirt, sondern er muß, um seine Rechte zu wahren, auch die ordinaria bon. possessio annehmen, l. 3. §. 15. h. t. Daß dies, ungeachtet des weiten Ausdrucks der l. 3. §. 15. cit. nicht auch auf die Fälle der b. p. *utilis* bezogen werden darf, geht schon aus der Natur der Sache hervor, und wird noch bestimmt genug bestätigt theils durch l. 20. de inoff. test. (T. 2): quoties — — *heres esset* aut bonorum possessor, theils durch l. 2. §. 12. ad SC. Tertull. (38, 17), wo der Ausdruck Carboniana *sola* doch kaum anders erklärt werden kann, als daß der Unmündige, sich auf sein ziviles Erbrecht stützend, die blose Carboniana, und nicht auch die ordinaria bon. poss. agnoszirt hat. Abweichend, aber m. E. ohne Grund, ist *Hingst* cit. p. 155 sq.

2) Die Fristen der b. p. ordinaria und der Carboniana laufen unabhängig von einander, und zwar die der erstren von dem Augenblick der erfahrenen Delation, die der zweiten von dem Moment an, wo dem Kinde die Bestreitung seiner Kindesrechte bekannt geworden ist, l. 3. §. 16. h. t. Eine Anwendung davon kommt in der vielbesprochenen l. 4. h. t. vor, wo Julian so sagt:

„Ideo si ex prima parte Edicti bonorum possessionem non petierit, alias poterit ex sequenti parte Edicti ad exemplum Carboniani accipere bon. possessionem, alias non poterit; nam si confestim post patris mortem controversia ei facta fuerit, an inter liberos bonorum possessionem accipere possit, simul ad utriusque Edicti causam annus cessisse videbitur; si vero interposito tempore scierit controversiam sibi moveri, poterit etiam finito tempore, intra quod ex prima parte bon. possessionem acceperat, ex sequenti bon. possessionem petere, quam quum acceperit, perpetuo possessoriis actionibus utetur, sed si post pubertatem contra eum judicatum fuerit, denegabuntur ei actiones".

Nimmt man nur mit *Bynkershoek*, obss. I. 17. an, daß Julian hier zwei verschiedene Fälle vorführt, nämlich einen, wo der Unmündige den annus petendae possessionis ordinariae fruchtlos hat vorübergehen lassen, und nun, weil zufällig die Fristen der ordinaria und der Carboniana von demselben Momente an zu laufen begonnen, auch von der Carboniana ausgeschlossen wird, und einen andren, in welchem er zwar allerdings die bon. poss. contra tabulas rechtzeitig agnoszirte, aber das für diese bestimmte Jahr vorübergehen ließ, ohne auch die Carboniana zu agnosziren, wo er aber dennoch noch zu dieser letztern gelassen wird, weil die für diese bestimmte Frist noch nicht abgelaufen ist: geht man, sage ich, von dieser so einfachen und ungezwungenen Voraussetzung aus (s. auch Bachofen S. 346): so erklärt sich die ganze Stelle von selbst, und man braucht weder mit *Zoanett.*, restit. cap. 3. (thes. Otton. IV. p. 648) und *Cujac.*, ad Julian. Dig. lib. XXIV. ad h. l. (opp. VI. p. 165) und recitt. solenn. ad tit. de carb. ed. ad h. l. opp. VIII. p. 180) das *non* vor petierit auszustreichen, noch auch umgekehrt mit der Glosse ad h. l. und vielen Andren das spätere: possessionem acceperat in so höchst gezwungener Weise mit accipere poterat zu erklären. Eine abweichende, aber gewiß

unhaltbare Erklärung giebt *Foerster* l. l. p. 339 sqq., dem auch, wie es scheint, Fabricius, Ursprung der bon. poss. S. 171. Not. 248. folgt. Wenn namentlich *Foerster* cit. die gewöhnliche Meinung bestreitet, wonach das ex prima parte Edicti hier auf die bon. poss. contra tab., das ex sequenti parte Edicti dagegen auf die Carboniana possessio sich bezieht, und darunter vielmehr die bon. poss. *unde liberi* und *unde legitimi* verstehen will, so ist dies mit dem ganzen Zusammenhange der Stelle unmöglich zu vereinigen, und für die herrschende Lehre spricht überdieß auch noch, daß, wie die Stellung der Pandektentitel beweist, wirklich unmittelbar hinter der bon. poss. contra tabulas im Edikte von der b. poss. Carboniana die Rede war, und dafür also der Ausdruck: ex sequenti parte Edicti sehr passend ist.

3) Wenn derjenige, welcher die Carboniana agnoszirt hat, nicht auch die ordinaria bon. poss. erworben hat, etwa, weil er sich mit seinem zivilen Erbrecht begnügt, so können andre folgende bonorum possessores unbedenklich die ordinaria agnoszire, ohne daß ihnen die Carboniana des Unmündigen im Wege stände, l. 1. §. 4. si tabulae test. nullae extab. (38, 6): „Sed et si ex Carbon. Ed. bon. possessio data sit, magis est, ut dicere debeamus, ab intestato nihilominus posse peti, ut enim suo loco ostendimus, *non impedit bonor. possessionem edictalem Carboniana bon. possessio*". Hierher gehört auch die schwierige l. 7. §. 8. h. t. von Julian:

> „Quaesitum est, an simul et pupillus ex Carboniano et scripti heredes secundum tabulas bonorum possessionem haberent. Respondi, si filius non esset, aut non accepisset contra tabulas vel ab intestato bonorum possessionem, simul et ipsum ex Carboniana et scriptos heredes secundum tabulas habituros bonor. possessionem".

Hiernach soll in zwei Fällen eine bon. poss. secundum tabulas des scriptus heres neben der Carboniana possessio des Unmündigen vorkommen, und zwar soll dies einmal der Fall sein: *„si impubes non accepisset contra tabulas vel ab intestato bon. possessionem"*, d. h. doch wohl, wenn er, zufrieden mit seinem zivilen Erbrechte die Agnition der b. poss. ordinaria versäumt hat, und daß hier neben der bon. poss. contra tabulas, an die man freilich zunächst allein denkt, auch noch die bon. poss. intestati genannt wird, erklärt sich aus l. ult. de lib. et post. (28, 2), l. 1. §. 9. si tab. test. nullae extab. (38, 6), vgl. auch *Gloss.* ad h. l., Huschke in Richter's Jahrb. 1839. S. 29, *Hingst* cit. p. 154. not. Daß diese Auslegung ungezwungener ist, als die von *Maran.*, ad tit. de Carbon. Edict. (opp. edid. Trotz p. 389) und Fabricius, Ursprung der bon. poss. S. 175 fgg., wonach die Worte si non accepisset bon. poss. c. t. vel ab intestato, so viel heißen sollen, als: si accepisset bon. possessionem *secundum tabulas*, so daß also erst durch Supplirung des ausgelassenen Gegensatzes der Sinn deutlich hervortrete, ist doch wohl unzweifelhaft, besonders, wenn man erwägt, daß von dem Carbonianus possessor nur in einem ganz singulären Falle eine bon. poss. secundum tabulas agnoszirt werden kann, l. 1. §. 8. h. t., und Julian schwerlich an diesen gedacht hat. — Es soll aber auch zweitens die bon. poss. secundum tabulas des Testamentserben mit der Carbon. possessio dann konkurriren, *„si filius non esset"*.

Cujacius, recitt. solenn. ad Dig. Salv. Jul. lib. XXIV. ad h. l. (opp. VI. p. 168 sqq.) will freilich die Worte: filius non esset, aut ausmerzen, und Charondas in seiner Ausg. des corp. jur. ad h. l. führt dafür auch die Auktorität seines Manuskripts an, aber es ist dies doch gewiß zu kühn, um so mehr, da auch die Basiliken und die Scholien dazu jene Worte anerkennen, Basil. XL. 5. 7. fin. und schol. r. (V. p. 336. und p. 345). Die einfachste Erklärung jener Worte würde die sein: „wenn der Unmündige wirklich kein Kind des Erblassers, sondern untergeschoben ist", und daß in diesem Falle mit der bon. possessio c. t. des Unmündigen die bon. poss. des eingesetzten Erben zusammentreffen könne, dafür ließe sich anführen, weil in solchem Falle die nachgesuchte bon. poss. contra tab. für nicht vorhanden anzusehen sei, und also auch der Nachsuchung einer weiteren bon. poss. nicht im Wege stehe, *Gloss.* ad h. l., Huschke a. a. O., *Altmann* l. c. p. 37; aber dieser Auslegung steht bestimmt die l. 12. h. t. entgegen, denn daß dieses Gesetz auch auf den Fall geht, wenn der Unmündige wirklich untergeschoben ist, geht aus dem: heredibus eorum succurrendum est deutlich genug hervor. Da nun auch der Auslegung v. Löhr's im Magaz. II. S. 454. Not. 1: „wenn außer dem subjectus kein Sohn vorhanden ist", so wie der Konjektur Försters l. c. p. 237. not. 75: „*si suus* non esset" die allergrößten Bedenklichkeiten entgegenstehen, so bleibt in der That kaum etwas übrig, als mit Maran und Fabricius citt. die bestrittenen Worte so aufzulösen: si filius non esset, *sed filia*, denn Töchter erhielten, auch wenn sie die bon. poss. contra tab. agnoszirten, dadurch doch nicht mehr, als sie durch ihr ziviles Anwachsungsrecht hätten erhalten können, Gai. II. 125. 126, und so war es allerdings gegründet, daß neben der bon. poss. einer unmündigen Tochter auch die Testamentserben die bon. poss. sec. tab. agnosziren konnten; s. auch Bachofen a. a. O. S. 347, *Hingst* l. c. Daß dieser Fall nach Justinianischem Rechte wegfällt, und die Kompilatoren also auch die fraglichen Worte hätten weglassen sollen, braucht kaum bemerkt zu werden.

4) Aus der Natur der bon. poss. Carboniana als einer interimistischen bon. poss. erklärt sich auch l. 3. §. 13. h. t.:

> „Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores possessorem constituere; quodsi coeperit aut hereditatem petere quasi bon. possessor Carbonianus, aut singulas res, rectissime Julianus libro XXIV. Dig. scribit, exceptione eum summovendum; contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum praetor tantisper constituit. Si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres, ut ea petitione judicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne praesumtio Carbonianae bon. possessionis injuriam adversariis afferat; quae sententia habet rationem et aequitatem".

Damit verträgt sich aber recht wohl, daß dann, wenn der missus ex Carboniano Sicherheit geleistet, und ihm darum auch die Verwaltung der Erbschaft eingeräumt ist, er allerdings Erbschaftsrechte mit den entsprechenden Klagen geltend machen kann, l. 15. h. t., cf. l. 4. eod., l. 20. de inoff. test. (X. 2).

D) Vom Verhältniß mehrerer Miterben.

1) Von dem aus der Gemeinschaft hervorgehenden Rechtsverhältnisse.

a) Im Allgemeinen. §. 513.

b) Insbesondre von dem judicium familiae herciscundae. §. 514.

Dig. X. 2, Cod. III. 36. familiae herciscundae, Cod. III. 38. communia utriusque judicii tam fam. herc., quam communi dividundo. — *Cujac.*, recitt. ad Dig. X. 2. (opp. VII. p. 484 sqq.), Glück, Komm. XI. S. 1 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. II. §. 135 fgg. S. 81 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. III. S. 947 fgg., Sintenis III. §. 188.

1) *Gai.* l. 1. §. 1. h. t.: Quae quidem actio [sc. fam. herc.] nihilo minus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet; sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: *si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat.* Quodsi possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio, quo fit, ut in eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat, an coheres sit; nisi enim coheres sit, neque adjudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

2) *Ulp.* l. 2. §. 4. h. t.: Dubitandum autem non est, quin familiae herciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit. Vgl. *Paul.* R. S. I. 18. §. 4: Judex familiae herc. nec inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est; alioquin inutiliter datur. Während Paulus doch wohl nur den, auch noch für das Justinianische Recht giltigen Rechtssatz ausspricht, daß, wenn ein Miterbe völlig unberücksichtigt geblieben ist, das ganze judic. fam. herc. nichtig ist, und ein neues Theilungsverfahren eintreten muß, vgl. l. 17. C. h. t., will Ulpian sagen, daß nicht nothwendig unter alle Miterben wirkliche Theilung vorgenommen werden muß, wie z. B. wenn Einige noch in der bisherigen communio zu bleiben beabsichtigen, vgl. auch *Schult.* ad Paul. cit., Strippelmann, Entscheid. d. O. A. G. zu Cassel

Bd. V. S. 390 fgg. und vorz. Zimmermann im ziv. Arch. XXXIV. S. 192 fgg. S. 323 fgg. bes. S. 329 fgg.

3) *Paul.* l. 27. h. t.: In hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt, et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit judex, non valebit, quia non potest in uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere. Die ganze Ausdrucksweise [*condemnationes et absolutiones — damnatio*] beweist, daß Paulus nicht von eigentlicher Vertheilung von Erbschaftssachen spricht, sondern von Verurtheilung in persönliche Prästationen, vgl. auch *Cujac.*, obss. XXIII. 1, Vinn. sel. quaest. I. 38; a. M. Glück XI. S. 69 fgg. Jedenfalls sagt Paulus nur, daß das richterliche Urtheil sich auf Alle erstrecken müsse, welche an dem *judicium* Theil genommen haben, ohne irgend zu bestimmen, wer an demselben Theil nehmen müsse, s. Zimmermann a. a. O. S. 331).

4) *Scaevola* l. 37. (38) h. t.: Qui familiae herciscundae judicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredem. (In den Basiliken XLII. 3. 37. fehlt das non, weßhalb denn auch Mehrere dasselbe wegstreichen wollen, z. B. *Noodt*, ad h. t. in opp. II. p. 238, *Voet*, ad h. t. §. 10, Heimbach a. a. O. S. 950. Not. 37. und bes. *Keller*, Semestr. ad Tull. lib. II. p. 283 sqq. und zu demselben Resultate kommt Glück XI. S. 12 fgg., indem er nach dem Vorgang von *Arntzenius*, specim. observatt. Leovardiae 1761. cap. 3. das non mit nonne erklärt, und am Ende des Satzes ein Fragezeichen setzt. Ich halte jene Aenderung sowohl, wie diese Erklärung für unzulässig, indem der gesunde Gedanke Scävola's wohl nur der ist, daß man durch Anstellung der a. fam. herc. zwar allerdings die Miterbenqualität des Verklagten voraussetze, aber nicht eigentlich einräume, woraus denn, in Verbindung mit der vorausgehenden l. 36. eod., das praktische Resultat sich ergibt: wenn ich gegen einen vermeintlichen Miterben die a. fam. herc. anstelle, und während des Prozesses meinen Irrthum einsehe, so brauche ich den Verklagten nicht ferner als Miterben anzusehen, sondern kann nöthigen Falls mein alleiniges Erbrecht gegen denselben mit der hered. petitio geltend machen (l. 37. cit.), während freilich, wenn der Erbtheilungsprozeß schon zu Ende gekommen, und ich in Folge des Urtheils Zahlungen an denselben gemacht habe, ich eben dieses Urtheils wegen nicht die

cond. indebiti anstellen darf (l. 36. cit.), vgl. auch *Cujac.*, obss. IX. 36, *Faber*, Rational. ad h. l., Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 72 fgg., Sintenis a. a. O. Not. 2).

5) *Paul.* l. 25. (26) §. 3. und 4. h. t.: De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum familiae herciscundae judicium sumi potest. (§. 4). Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Sejana, posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit. (Vgl. Müller in Gießer Zeitschr. I. S. 313 fgg., Linde ebendas. S. 317 fgg. mit Hugo in Gött. G. A. 1828. St. 117. S. 1165. und Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 91 fgg.; s. auch Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigk. S. 127 fgg. bes. S. 135 fg. und Arndts, Lehrb. §. 527. Anm. 2, welcher Statt: inter *tres* lesen will: inter *nos*).

2) Von der Verbindlichkeit zur Kollation.

Dig. XXXVII. 6. de collatione, XXXVII. 7. de dotis collatione; Cod. VI. 20. de collationibus, Nov. 18. c. 6. — Pfitzer, über die Kollation der Deszendenten. Stuttg. 1807, *Petersen*, de collat. bonor., ad hered. ab int. restr. juxta leges Roman. et Danic. Hafn. 1825, Francke, Grundzüge der Lehre des röm. Rechts von der Kollation; in dessen ziv. Abhh. No. 4. S. 174 fgg., Arndts im Rechtslex. III. S. 809 fgg., Fein, das Recht der Kollation. Heidelb. 1842. — Roßhirt, Einleitung in das Erbr. S. 414 fgg., Dess., testam. Erbr. II. S. 204 fgg., Hunger, Erbr., S. 508 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 124 fgg. S. 364 fgg., Göschen, Vorlesungen Bd. III. Abth. 2. S. 457 fgg., Sintenis III. §. 189, Keller, Grundriß zu Justit. zu §. 323. S. 313 fgg., Vering, Erbr. S. 599 fgg. S. 651 fg., Tewes, Syst. II. S. 139 fgg. Vgl. auch Unger, östr. Erb. §. 45 fgg.

a) Von der collatio emancipati. §. 515.

Anm. Indem der Prätor neben dem Suus auch den Emanzipatus zur bon. poss. contra tabulas und unde liberi berief, erheischte es die Aequitas, auf die verschiedene Erwerbsfähigkeit Beider gebührende Rücksicht zu nehmen; denn während der gesammte Erwerb des suus dem Vater zufiel, und sich also in der väterlichen Erbschaft befand, erwarb das emanzipirte Kind Alles, was es nach der Emanzipation erwarb, für sich selbst; sehr natürlich war also die Vorschrift

des Edikts, daß der emancipatus, welcher dem suus im Erbrechte gleichgestellt werden sollte, ihm auch darin gleichgestellt wurde, daß er allen nach der Emanzipation bis zum Tode des Vaters gemachten Erwerb in die väterliche Erbschaft einwerfen mußte. Dies ist nun eben die collatio bonorum von Seiten des emancipatus, worüber zur Zeit der Pandektenjuristen folgende speziellere Grundsätze galten:

1) Verpflichtet zur Kollation sind niemals sui, sondern nur emancipati, d. h. hier alle diejenigen liberi, welche keine sui sind, aber vom Prätor den suis gleichgestellt wurden; und zwar sind diese emancipati nur dann verpflichtet, wenn sie contra tabulas oder unde liberi zur Erbfolge kommen, nicht auch bei der bon. poss. secundum tabulas, l. 1. pr. h. t., l. 1. C. h. t. Wenn der Kollationspflichtige nach agnoszirter bonor. poss. verstorben ist, so geht natürlich mit dem Erbanspruch auch die Kollationspflicht auf die Erben desselben über, vgl. auch l. 3. h. t., und steht der fingirte suus, welcher zur bon. poss. contra tabulas oder unde liberi zugelassen wird, in väterlicher Gewalt, und sein Hausvater will durch ihn die Erbschaft erwerben, so muß dieser Hausvater konferiren, l. 1. §. 14, l. 5. pr. h. t., l. 4. de conj. c. em. lib. (37, 8), l. 6. si tab. test. nullae (38, 6).

2) Die Kollation geschieht nur an konkurrirende sui heredes, niemals auch an andre emancipati, l. 1. §. 24, l. 3. §. 2. 3. h. t. Entgegen steht auch gewiß nicht die viel besprochene l. 1. §. 16. de conjungend. c. emanc. liber. ejus (37, 8): Si sit filius in potestate, alius emancipatus, ex defuncto unus nepos in potestate, alius nepos emancipatus, eleganter Scaevola tractat, patruus emancipatus quantum nepotibus, quantum fratri suo conferat, et ait, posse dici, tres eum partes facere, unam sibi, unam fratri, unam istis collaturum, quamvis hi minus, quam patruus ex hereditate avi concurrente patre sint habituri; quae sententia vera est. Ueber die verschiedenen, gewiß unzulässigen, Emendations-Versuche von *Cujac.*, obss. III. 29, *Charond.* (der sich freilich in seiner Ausg. des corp. jur. ad h. l. auf die Auktorität seines Mss. beruft) und *Pothier*, tit. de collat. nr. 16. (dem auch Fein a. a. O. S. 26 fgg. beistimmt), vgl. *Schulting* ad h. l. (tom. VI. p. 43 sqq.), und hinzuzufügen ist noch die Konjektur von Unterholzner, histor. doctr. jur. Rom. de collationibus Altorf 1809. pag. 27 sqq. (welcher so liest: „— — -- alius emancipatus, ex defuncto *duo* [s. *plures*] *nepotes* in potestate, alius emancipatus, — — — — quamvis hi minus, quam patruus ex hered. avi concurrente *fratre* sint habituri"). Behält man nun aber den handschriftlichen Text bei, so darf man freilich nicht mit *Suerin.*, repet. lect. c. 46. (in Otton. thes. IV. p. 92 sqq.) annehmen, daß in dem hier behandelten besondren Fall wirklich einmal ausnahmsweise auch an einen emancipatus konferirt werden müsse, weil hier die Konkurrenz des emanzipirten Oheims auch dem emanzipirten Neffen nachtheilig sei, noch auch mit *Vinnius*, de collat. cap. 4. nr. 6, daß hier direkt allerdings nur dem nepos in potestate, konferirt werde, dieser aber das so Empfangene mit seinem emanzipirten Bruder theilen müsse, so daß diesem indirekt doch auch die Kollation zu Gute komme, woraus sich Ulpian's Ausdrucksweise erkläre — denn beide Meinungen sind mit

den sonst geltenden Grundsätzen über Kollation unvereinbar, vgl. namentlich auch l. 1. §. 14. de conj. c. em. lib. ej.; sondern die einfachste Erklärung ist wohl die, daß nach Ulpian's Idee die Kollation nicht an die beiden Enkel einzeln, sondern, um so zu sagen, an den Enkelstamm geschieht, und danach die Berechnung gemacht wird, obwohl dann die Kollation nicht nothwendig allen Gliedern dieses Stammes, sondern nur denjenigen wirklich zu Gute kommt, welche noch sui sind; vgl. jetzt auch Schmidt, Notherben S. 108. Not. 131. Die Schlußworte sind so zu erklären: der emanzipirte Sohn muß an den Enkelstamm eben so viel konferiren, als an seinen in der Gewalt gebliebenen Bruder, obwohl diese Enkel, wenn ihr emanzipirter Vater noch am Leben wäre, in Folge des edict. de conj. c. emanc. lib. ej., von der Erbschaft des Großvaters nicht so viel erhalten hätten, als ihr Oheim. -- Also nur den suis wird konferirt, aber auch diesen nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn ihnen durch die Konkurrenz des emancipatus ein Nachtheil entsteht, l. 1. §. 4. 5. h. t., l. 20. §. 1. de bon. poss. c. tab. (37, 4), und so kann es leicht kommen, daß der Emanzipirte nicht gerade allen suis, mit denen zusammen er zur bon. possessio gelangt, sondern nur Einem oder Einigen von ihnen zu konferiren hat, l. 1. §. 3. h. t., l. 1. §. 13. 18. de conjung. c. emanc. lib. ej. (37, 8). Daß übrigens der suus, um einen Anspruch auf Kollation zu erlangen, selbst auch die bon. poss. agnoszіren müsse, darauf scheint zwar der Buchstabe des Edikts hingeführt zu haben, aber schon frühe nahm die römische Doktrin die entgegengesetzte sachgemäßere Meinung an, l. 10. h. t. Uebrigens versteht es sich, daß auch den Erben des nach dem Erblasser verstorbenen suus konferirt werden muß, und wenn dies in l. 1. §. 8. h. t. noch erst davon abhängig gemacht ist, daß der suus nach agnoszirter *bon. poss.* gestorben sei: so ist dies augenscheinlich blos Ausfluß der eben angedeuteten, später verworfenen Ansicht, daß die Agnition der bon. poss. Bedingung des Kollationsrechts sei, und hat also für die Justinianische Kompilation keine Bedeutung mehr.

3) Gegenstand der Kollation ist das gesammte Vermögen des Emanzipatus, l. 1. pr., l. 3. §. 3. h. t., so weit es im Augenblicke des Todes des Vaters noch vorhanden ist. Was schon vor dieser Zeit aus dem Vermögen gekommen ist, braucht, abgesehen von dem Dolus des Emanzipatus, eben so wenig konferirt zu werden, l. 1. §. 23, l. 2. §. 2. h. t., als dasjenige, was erst nach dieser Zeit erworben wird, l. 6. 15. C. h. t. (über die hier eingreifende schwierige, l. 1. §. 22. h. t., vgl. Fein a. a. O. S. 41 fgg. mit Pfordten in Richter's krit. Jahrbb. Jahrg. VIII. S. 872 fgg.); doch müssen die Forderungsrechte, deren Bedingung erst nach dem Tode des Vaters erfüllt wird, allerdings konferirt werden, während dies bei bedingten Legaten nicht der Fall ist, l. 2. §. 3. h. t. (über den Grund dieser Unterscheidung s. oben §. 436. Anm.). Auch versteht es sich, daß alle nach dem Tode des Erblassers perzipirten Früchte zu konferiren sind, vgl. auch l. 5. §. 1. de dot. coll. (37, 7), eben so, wie auf der andren Seite diejenigen Sachen nicht konferirt zu werden brauchen, welche nach dem Tode des Erblassers durch Zufall zu Grunde gehen, l. 2. §. 2. h. t., indem der Kollationspflichtige in Betreff der Kollationsobjekte nach dem Tode des Vaters nur für diligentia in concreto einzustehen hat, arg. l. 16.

§. 4, l. 25. §. 16. 18. fam. herc. (10, 2), Fein a. a. O. S. 98 fgg., a. M., aber m. E. ohne Grund ist Schmidt a. a. O. S. 118. Not. 164. Ausgenommen aus begreiflichen Gründen von der Kollation ist nur dasjenige, was wenn keine Emanzipation erfolgt wäre, peculium castrense oder quasi-castrense gewesen sein würde, l. 1 §. 15. h. t., ferner die dos, die ein verheiratheter emancipatus erhalten hat, l. 1. §. 20, l. 3. §. 4. h. t., außerdem dasjenige, was ihm dignitatis nomine vom Vater gegeben oder versprochen war, „hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportere", l. 1. §. 16. h. t., und endlich eine dem Emanzipirten zustehende actio injuriarum, „magis enim vindictae, quam pecuniae habet persecutionem, l. 2. §. 4. h. t. — In den Fällen, in welchen der Hausvater des fingirten suus zur Kollation verpflichtet ist (s. Nr. I. a. E.), muß dieser doch wohl nicht sein ganzes Vermögen konferiren, obwohl allerdings der Wortlaut der oben zitirten Stellen dafür zu sprechen scheint („sua bona"), und dies deßhalb auch wirklich z. B. von Pfordten a. a. O. S. 861. angenommen wird, sondern derselbe hat doch gewiß der Natur der Sache nach nur diejenigen Vermögensstücke einzuwerfen, welche er durch das Hauskind erworben hat, und welche also unter Voraussetzung wirklicher Suität in der Erbschaft des verstorbenen parens befindlich sein würden, Fein a. a. O. S. 37.

4) An dem conferendum partizipirt natürlich der Konferent selbst auch, und zwar gilt im Allgemeinen die Regel, daß auf den Konferenten selbst und auf jeden Suus, dem er zu konferiren hat, und resp. auf jeden Stamm — denn mehrere Enkel von einem Sohne gelten auch hier für eine Person, l. 7. h. t. —, eine Virilportion kommt, während andre emancipati als gar nicht vorhanden angesehen werden. Wenn also a) nur ein emancipatus vorhanden ist, welcher mit einem oder mit mehreren suis konkurrirt, so erhält Jeder der Konkurrenten eine Virilportion, l. 1. §. 24, l. 2. §. 7. h. t. — b) Sind mehrere emancipati vorhanden, die z. B. mit zwei suis zusammentreffen, so behält Jeder der emancipati ⅓ für sich, und giebt an jeden suus ⅓ heraus, l. 1. §. 24, l. 2. §. 5, l. 3. §. 2. h. t. Daß daraus ein der Aequitas wenig entsprechendes Resultat hervorgeht, indem nun jedenfalls die sui mehr bekommen, als die emancipati, leuchtet von selbst ein, und ist auch natürlich den römischen Juristen nicht entgangen, aber sie beruhigen sich damit: emancipatos non indignari oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit, bonor. possessionem omittere! l. 2. §. 5. cit. — c) Wenn ein emanzipirter Sohn mit seinen in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebenen Kindern ex nova clausula Juliani zusammentrifft, so konferirt er stets blos diesen seinen Kindern, und zwar immer nur die Hälfte, während er die andre Hälfte für sich behält. Sollten sich unter diesen Kindern schon Stämme gebildet haben, wie z. B. wenn von einem emanzipirten Sohne ein Enkel, und zwei Urenkel von einem andren verstorbenen Enkel, vorhanden sind, so wird jene Hälfte stammweise vertheilt, so daß z. B. in dem vorgelegten Falle der eine Enkel ½, die beiden Urenkel das andre ½ des conferendum erhalten, l. 1. §. 13—15. de conjung. c. emanc. lib. ej. (37, 8). — d) Wenn z. B. zwei emanzipirte Söhne, ein Sohn in der Gewalt, und von einem der emanzipirten

Söhne zwei Enkel in der Gewalt zusammentreffen, so muß der emanzipirte Oheim ⅔ herausgeben, nämlich ⅓ an seinen in der Gewalt gebliebenen Bruder, und ⅓ an seine beiden Neffen, die davon auch nichts an ihren Vater abgeben, „**hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea iis accessit**“, l. 1. §. 14. eod. — e) Wenn z. B. ein emanzipirter Sohn mit einem **filius suus**, und mit zwei Enkeln von einem verstorbenen **emancipatus**, von denen der eine in der großväterlichen Gewalt zurückgeblieben, der andre emanzipirt ist, zusammentrifft, so muß der emanzipirte Sohn ¼ an seinen Bruder und ¼ an den in der großväterlichen Gewalt zurückgebliebenen Enkel konferiren, l. 1. §. 16. eod. (vgl. oben S. 371 fg.). — Diese bisher in mehrfachen Anwendungen nachgewiesene Regel, daß das **conferendum** nach Viril- und resp. Stammportionen unter den Konferenten und die konkurrirenden **sui** vertheilt werde, leidet aber dann eine leicht begreifliche Ausnahme, wenn nicht die ganze Portion, welche aus der väterlichen Erbschaft an den **emancipatus** fällt, dem Suus entzogen wird, sondern, wenn auch der **emancipatus** nicht zur Erbfolge gekommen wäre, an einen Dritten gelangt sein würde; in solchem Falle braucht nämlich der **emancipatus** nur nach Verhältniß dessen zu konferriren, was er wirklich dem Suus entzieht, und wenn also z. B. Jemand seinen **suus** auf ¾, einen **extraneus** auf ¼ eingesetzt, und seinen **emancipatus** präterirt hat, so braucht der Letztre, wenn er vermittelst *B. P.* **contra tab.** zur Hälfte der Erbschaft kommt, seinem Bruder nur ¼ zu konferiren: „**pro quadrante tantum bona sua collaturum Julianus ait, quia solum quadrantem fratri suo abstulit**“, l. 1. §. 3. h. t. Die Meinung von *Cujac.*, **obss. III. 29.** und **recitt. solenn. ad tit. Dig. de collat. bonor. l. 1. (opp. VIII. p. 84)**, dem auch z. B. Pfitzer a. a. O. S. 39. folgt, daß hier nicht ¼, sondern ⅓ konferirt werden müsse, weil ja der **emancipatus** ein Drittheil von der Portion des **suus** in Anspruch nehme, und daß man also die Worte: **pro quadrante etc.** so auslegen müsse: der **emancipatus** solle nach Verhältniß des Viertheils, welchen er dem Suus von der ganzen Erbschaft entziehe, konferiren; diese Meinung, sage ich, läßt sich weder mit dem Wortausdruck des Gesetzes vereinigen, noch stehen ihr trifftige innere Gründe zur Seite; und noch unhaltbarer scheint mir die Auslegung, welche schon in der Glosse **ad h. l.** angedeutet, und neuerlich besonders von Fein a. a. O. S. 73 fgg. vertheidigt ist, wornach Julian nur sagen wollte, „daß der **emancipatus** für ein bloses Viertheil, welches er dem **suus** entziehe, dennoch sein ganzes Vermögen konferriren müsse“, vgl. dagegen auch Pforbten a. a. O. S. 814 fgg., Schmidt a. a. O. S. 112 fg. Not. 149.

5) „**Collatio aut** ***re*****, aut** ***cautione*** **facienda est**“, l. 1. §. 11. h. t. Der erstre Weg („**divisio**“) besteht einfach darin, daß der Pflichtige sogleich sein Vermögen zum Zweck der Theilung wirklich hingiebt, und dabei ist nur zu bemerken, daß der Berechtigte doch auch in diesem Falle, sofern noch irgend eine Ungewißheit über die Kollations-Objekte vorhanden sein sollte, deßfallsige Kautionen verlangen kann, l. 1. §. 11. cit. — Es bedarf aber, um der Kollations-Verbindlichkeit zu genügen, gar nicht alsbaldiger Realkollation, sondern die Kollations-Pflicht kann auch in rechtsgenügender Weise durch blose Kaution bewerkstelligt werden, nämlich durch die ***stipulatio collationis*** (l. 5. §. 1. h. t.), d. h. durch

ein, mittelst Bürgen oder Pfänder (l. 1. §. 9. h. t.) zu garantirendes, Versprechen, *„boni viri arbitratu collationem fieri"*, l. 2. §. 2, l. 5. §. 1. h. t. Aus dieser stipulatio entsteht jedoch, auch wenn sie unbedingt abgefaßt ist, nur dann eine Klage, wenn der Kavent auch wirklich die bon. possessio agnoszirt hat, l. 3. §. 5. h. t., und auch in diesem Falle kann dennoch die actio ex stipulatu nicht sogleich, sondern erst dann mit Erfolg angestellt werden, „quum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit", l. 5. §. 1. h. t.

6) Die Vornahme der Kollation darf übrigens nicht als Bedingung für die Erlangung der bon. possessio contra tabulas oder unde liberi aufgefaßt werden, sondern der Emanzipirte kann dieselbe sogleich wirksam agnoszsiren und auf seine Erben transmittiren, ohne seiner Kollations-Pflicht nachgekommen zu sein, l. 2. h. t., obwohl der Prätor doch auch dann, wenn sich der Pflichtige von vornherein weigert, die Kaution zu bestellen, die bon. poss. denegiren kann, Ulp. XXVIII. 4, Paul. V. 9. 4, l. 8. h. t. Hat aber der Emanzipirte die bon. poss. agnoszirt, und kommt jetzt seiner Kollationspflicht, nec dividendo nec cavendo, nicht nach, so ist zu unterscheiden, ob dies wegen „contumacia" oder wegen „inopia" geschieht. Im erstren Fall (contumacia) werden dem emancipatus alle ihm ohnedies aus der agnoszirten bon. poss. zustehenden Klagen und Einreden denegirt, und seine Erbschaftsrate denjenigen suis, welchen er konferiren mußte — also nicht gerade allen Miterben — zugewiesen, l. 1. §. 10. 13, l. 2. §. 8, l. 3. pr. f. h. t., l. 11. C. h. t., und selbst dann ist dies der Fall, wenn mehrere Kollationsberechtigte vorhanden sind, und er nur gegen einen von ihnen seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, l. 1. §. 13. h. t.; versteht sich übrigens der contumax später doch noch zur Kollation, so erlangt er sein volles Recht wieder, l. 1. §. 10. h. t. Im zweiten Falle dagegen (inopia), wenn der emancipatus aus Dürftigkeit keine Bürgen aufbringen kann, werden demselben zwar auch die Klagen denegirt, aber eine Translation seines Erbtheils auf den kollationsberechtigten suus findet nur dann Statt, wenn dieser Kaution leistet, daß er den ganzen Erbtheil mit allen Accessionen, sobald später die Kollation geschehen sollte, an den emancipatus restituiren werde, und kavirt er nicht, so wird der Erbtheil einem Sequester oder Kurator eingehändigt, l. 5. §. 1. ut legator. (36, 3), l. 1. §. 10. 13, l. 2. §. 9. h. t. — Aus dieser Erörterung geht aber von selbst hervor, daß es keinen direkten Zwang zur Vornahme der Kollation giebt, und namentlich findet die verbreitete Ansicht, daß im judicium familiae herciscundae der Emanzipatus zur Kollation genöthigt werden könnte, in den Quellen keine Begründung. —

Vgl. überhaupt Pfitzer a. a. O. §. 2 fgg., *Unterholzner*, diss. inaug. petractans historiam doctr. jur. Rom. de collat. Altorf 1809, *Foerster*, de bon. poss. contra tab. §. 119 sqq. (pag. 353 sqq.), Francke a. a. O., Arndts a. a. O. S. 809 fgg., Fein a. a. O. S. 17 fgg., Keller und Bering a. d. aa. OO., Schmidt, über das Prinzip der prätor. Kollation, in Bekker's Jahrb. IV. S. 110 fgg., Ders., das Recht der form. Notherben S. 107 fgg.

Was nun aber aus dieser, bisher nach den Grundsätzen der Pandektenjuristen dargestellten, collatio emancipati im Justinianischen Rechte geworden

sei, ist namentlich auch in unsren Tagen sehr bestritten. Es wird passend sein, bei Beantwortung dieser Frage das vornovellische Recht von dem Rechte nach der Nov. 118. zu unterscheiden:

1) Daß in der Justinianischen Kompilation vor den Novellen die besondre Kollationspflicht der emanzipirten Kinder noch als durchaus praktisch angesehen werden muß, wenn sich auch freilich in Betreff der zu konferirenden Objekte wesentliche Aenderungen nothwendig gemacht hatten, kann gar nicht zweifelhaft sein. Bedenkt man nämlich, daß noch jetzt eben so, wie früher, das emanzipirte Kind nur vermittelst bonorum possessio zur Erbfolge kommen konnte, und daß ungeachtet der Ausbildung des Pekulienrechts doch noch, selbst nach der so umfassenden Verordnung Justinian's in l. 6. C. de bon. quae liber. (6, 61), nicht unbeträchtliche Verschiedenheiten in Betreff der Erwerbsfähigkeit zwischen dem in der Gewalt gebliebenen und dem emanzipirten Kinde übrig geblieben sind, wie namentlich in Betreff des dem emancipatus nicht entzogenen peculium profectitium und in Betreff des Nießbrauchs der Adventitien: so läßt sich schon von vorne herein nicht anders erwarten, als daß die Kollationspflicht der emancipati noch fortwährend ganz nach den alten Grundsätzen Platz gegriffen habe, aber der Umkreis der zu konferirenden Sachen auf dasjenige beschränkt worden sei, was jetzt noch der emancipatus mehr erwirbt, als der suus. Das Erstre, die Fortdauer des Instituts im Ganzen, wird denn auch entschieden schon dadurch bewiesen, daß ja in die Pandekten Justinian's ein besondrer Titel gerade für diese Kollation aufgenommen ist, in welchem ausführlich die Grundsätze des früheren Rechts, so wie sie oben dargestellt sind, entwickelt werden, und daß auch im Kodex, obwohl da keine zwei getrennten Titel für die beiden Arten von Kollation gemacht sind, nicht nur in der Rubrik auf die beiden hier zusammengefaßten Kollationsarten hingedeutet wird (tit. Cod. de collati*onibus*), sondern auch in einer ganzen Reihe da aufgenommener Konstitutionen unverkennbar gerade nur für die collatio emancipati Normen enthalten sind, vgl. l. 1. 6. 9. 11. 13. 15. 17. fin., l. 18. 21. C. h. t. Eben so ist aber auch das Zweite, daß nämlich der Umkreis der zu konferirenden Objekte im Justinianischen Rechte beschränkt ist, klar ausgesprochen, und zwar insbesondre in l. 17. fin. und in l. 21. C. h. t. Nachdem nämlich in der l. 17. cit. Leo die bei dem folgenden Sen zu berührenden wichtigen Veränderungen in Betreff der collatio dotis gemacht hat, erwähnt er am Schluß der Stelle, im Gegensatz dieser collatio dotis, die collatio bonorum des emancipatus:

> „emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum ea, quae in ipsa emancipatione a parentibus suis, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem parentibus acquisierint, collaturis",

wonach also nicht mehr Alles, sondern nur dasjenige, was der Emanzipirte bei oder nach der Emanzipation von seinem Vater erhalten hat, konferirt werden soll. Daß Leo selbst nicht wohl so geschrieben haben kann, leuchtet von selbst ein, da zur Zeit dieses Kaisers das Pekulienrecht noch keineswegs so ausgebildet war, wie hier offenbar vorausgesetzt wird; ist es aber eine Interpolation Tribonian's, so geht daraus nur um so sicherer der Gesichtspunkt des neuesten Rechts hervor.

In der zweiten vorher angeführten Stelle, nämlich in l. 21. cit. verordnet aber **Justinian**, daß derjenige Erwerb des Kindes, der in Folge seiner neuen Verordnungen dem Vater nicht mehr zufalle (s. g. peculium adventitium), fernerhin eben so wenig konferirt zu werden brauche, als nach früherem Rechte das peculium castrense; und eine merkwürdige Paraphrase dieser l. 21. kommt in den Basiliken (XLI. 7. 36, tom. V. p. 516) vor:

> „Jus constitutionis hoc est, ut nihil eorum, quae acquisitionem effugiunt, conferatur, sed sicut olim peculium castrense, quod filiifamilias proprium est, non conferebatur, eodem modo nunc quoque res, quae minime parentibus acquiruntur, non conferantur. *Hodie igitur liberi emancipati fratribus suis profectitia tantum et usumfructum adventitiorum conferunt* [— — τὰ ἀπὸ πραγμάτων γονικῶν καὶ τὴν χρῆσιν]; haec enim, si in potestate remansissent, parentibus quaesiissent". Cf. *Harmenopul.* V. 8. 25.

Ungeachtet dieser gesetzlichen Aussprüche ist aber dennoch die genauere Bestimmung der Objekte, welche nach dem Rechte des Kodex von dem emancipatus konferirt werden müssen, nicht ohne Schwierigkeit. Es gehört dahin nämlich:

a) das peculium profecticium, welches bei der Emanzipation nicht zurückgezogen, und darum dem Emanzipirten als Eigenthum zugefallen ist, l. 17. C. cit.: „— — quae in ipsa emancipatione a parentibus suis consequuntur", Basil. cit. Die Konsequenz dieser Bestimmung läßt sich nicht wohl bestreiten, wenn man erwägt, daß ohne die Emanzipation dieses Pekulium Theil der väterlichen Erbschaft geworden sein würde, und man denke sich nur z. B. zwei Söhne, die beide dasselbe Pekulium von ihrem Vater erhalten haben, und von denen dann der eine emanzipirt, der andre in der väterlichen Gewalt zurückgeblieben ist. Daß hier durch die Emanzipation eine Ungleichheit entstanden ist, deren Ausgleichung durch Kollation die Billigkeit fordert, leuchtet von selbst ein.

b) Nach sehr bestimmten gesetzlichen Aussprüchen soll aber auch der Emanzipirte das konferiren, was ihm bei oder nach der Emanzipation vom Vater geschenkt ist, vgl. bes. l. 17. C. cit., wo so fortgefahren wird: vel post emancipationem ab iisdem parentibus acquisierint, collaturis; s. auch arg. leg. 11. h. t. (wo in einem vorgelegten Falle die Kollationspflicht darum verneint wird, weil der Emanzipirte die fraglichen Sachen nicht als väterliches Geschenk, sondern vielmehr ex causa debiti besitze) und arg. leg. 1. C. h. t. (wo die Emanzipirten dann von der Kollation väterlicher Geschenke befreit werden, wenn sie testamentarische Erben des Vaters geworden sind). So wenig nun auch hiernach der Satz selbst zu bezweifeln ist, daß der Emanzipatus väterliche Geschenke konferiren muß, so scheint sich derselbe dennoch kaum mit dem bekannten Prinzip des neuen Rechts in Einklang bringen zu lassen, daß Schenkungen des Vaters an Hauskinder durch den Tod des Vaters von selbst konvalesziren sollen, wenn bis dahin kein Widerruf erfolgt ist, Vat. fragm. §. 274. 277. 278. 281, Paul. rec. sent. V. 11, 3, l. 2. C. Greg. fam. hercisc. (3, 5), l. 2. C. de inoff. donat. (3, 29), l. 18. pr. C. fam. herc (3, 36), l. 25. C. de donat. inter vir. et uxor. (5, 16); denn während hiernach die sui solche Schenkungen als praecipuum behielten, müßten emancipati dieselbe

konferiren! Allerdings zwar findet sich in dem Kodex, und zwar gerade in dem Titel de collationibus, ein Reskript von Diocletian und Maximian, nämlich die l. 13. C. h. t., wo sehr bestimmt jene Konvaleszenz der an ein Hauskind gemachten Schenkung in Abrede gestellt zu sein scheint:

> „Si donatione tibi post mortem patris fundum quaesiisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, *eum praecipuum habere contra jura postulas*",

und wirklich hat neuerlich Mayer, Erbr. I. §. 126. Anm. 8. S. 375 fgg. (dem auch Arndts a. a. O. S. 817 fg. beizustimmen sehr geneigt ist) vorzüglich mit Berufung auf diese l. 13. behauptet, daß eine solche Konvaleszenz im Justinianischen Rechte gar nicht mehr begründet sei, wodurch denn freilich auch am Leichtesten alle Schwierigkeit in Betreff der Kollation beseitigt würde. Aber diese Behauptung ist nur dadurch möglich geworden, daß Mayer die drei, vorher für jenen Satz angeführten Kodexstellen durch völlig unzulässige Interpretationen hinwegdeuteln will, wie denn namentlich seine Auslegung der l. 25. C. cit. meiner Ueberzeugung nach unmöglich gebilligt werden kann. Gewiß muß vielmehr dieser Widerspruch der Gesetze, der um so auffallender ist, da eine der drei angeführten Konstitutionen, nämlich die l. 18. C. fam. herc., von denselben Kaisern herrührt, wie die l. 13. cit., in andrer Weise beseitigt werden, und es sind in dieser Beziehung schon sehr zahlreiche Auslegungs- und resp. Emendations-Versuche gemacht worden, vgl. darüber besonders Francke a. a. O. S. 234 fgg. und Fein a. a. O. S. 126 fgg., und auch noch die neuesten Schriftsteller über diese Frage sind sehr verschiedener Ansicht. Francke a. a. O. S. 237 fgg. subintellegirt in dem durch l. 13. cit. entschiedenen Falle, daß mit der beschenkten sua eine gleichfalls beschenkte emancipata bei der Beerbung des Vaters zusammentreffe, und nimmt dann in Fällen dieser Art wegen der Kollations-Verbindlichkeit des emanzipirten Kindes eine Ausnahme von der sonst geltenden Regel der Konvaleszenz an. Dagegen glaubt v. d. Pfordten, Abhandll. aus dem Pandektenr. S. 193 fgg., dem auch Schmidt, Notherben S. 117. Not. 161. beistimmt, daß die l. 13. cit. nur durch Textveränderung mit den übrigen Gesetzen in Einklang gebracht werden könne, und schlägt demgemäß nach dem Vorgange einiger Aelteren die Veränderung von *nam* in *nec* vor. Fein a. a. O. S. 132 fgg. endlich nimmt an, daß das Reskript in l. 13. cit. gar nicht an eine sua, sondern an eine emancipata gerichtet gewesen sei, und versteht demgemäß die kritischen Worte so: „denn wenn dir der fundus vom Vater geschenkt wurde, während du noch Haustochter warst, so mußt du denselben dem bestehenden Rechte nach konferiren". Auch diese letztre Auslegung befriedigt nicht vollkommen, und namentlich wirft sich dabei die Frage auf, weßhalb die Kaiser denn besonders hervorgehoben haben sollten, daß die Schenkung geschehen sei, während die Tochter noch in väterlicher Gewalt gestanden habe, da ja doch ganz dieselbe Entscheidung auch dann angenommen werden muß, wenn die Schenkung nach der Emanzipation erfolgte; offenbar wäre, wenn man sich eine emancipata als Supplikantin denkt, die natürlichste Antwort der Kaiser die gewesen: „wenn Dir der fundus nach dem Tode Deines Vaters geschenkt ist, so hat Deine Schwester keinen Theil

daran; ist er dir aber bei Lebzeiten deines Vaters geschenkt worden [einerlei ob vor oder nach der Emanzipation, ob von dem Vater oder einem Dritten], so kann deine Schwester die Hälfte davon ansprechen". Obwohl nun hiernach auch die Erklärung von Fein nicht ohne Bedenken ist, so ist sie doch m. E. dadurch vor allen übrigen ausgezeichnet, daß sie ohne gewaltsame Suppositionen oder Emendationen eine Vereinigung mit den übrigen Gesetzen herbeiführt, und da sich auch durch sie am Einfachsten die Aufnahme der l. 13. cit. in den Titel: de collationibus erklärt, so nehme ich keinen Anstand, derselben beizutreten. Muß man nun aber hiernach als entschieden annehmen, daß wirklich die Schenkungen des Hausvaters an das Hauskind durch den Tod des Erstren konvaleszciren, so bleibt das oben berührte Bedenken in Kraft, wie sich damit die in den Gesetzen begründete Verpflichtung des emancipatus zur Kollation der vom Vater herrührenden Schenkungen vereinigen lasse? In der That macht dies aber gar keine wahre Schwierigkeit, wenn man nur erwägt, daß die konvaleszcirende Schenkung des Vaters an das Hauskind, ganz ähnlich wie eine donatio inter virum et uxorem, aus dem Gesichtspunkte einer letztwilligen Zuwendung, also einer mortis causa donatio aufgefaßt werden muß, Vat. fragm. §. 274. 281, l. 11. C. de donat. (8, 54), l. 25. C. de donat. inter vir. et uxor. (5, 16), und folglich einen von der Schenkung an einen emancipatus sehr abweichenden Charakter an sich trägt; weßhalb es denn auch sehr angemessen und konsequent erscheint, daß diese letztren konferirt werden müssen, während die ersteren als ein praecipuum bei dem Hauskinde verbleiben; vgl. Pforbten a. a. O. S. 194 fgg., Fein und Schmidt a. d. aa. OO.

c) Soll das der collatio emancipati zu Grunde liegende Prinzip konsequent durchgeführt werden, so muß derselbe auch die, zur Todeszeit des Vaters noch vorhandenen, Revenuen derjenigen Vermögensstücke konferiren, welche ohne die erfolgte Emanzipation zu dem s. g. pecul. adventicium gehört haben würden, und ganz so fassen denn auch die Griechen die Sache auf (s. oben Basil. und Harmenop. cit.); vgl. auch Francke a. a. O. S. 213 fgg. und die dort in Not. 55. Zitt., Arndts a. a. O. S. 819 fgg., Fein S. 136, Schmidt S. 117. Dennoch aber möchte diese Annahme großen Bedenklichkeiten unterliegen. Die Gesetze schweigen nämlich hierüber gänzlich, obwohl doch eine Erwähnung dieses Kollationsobjekts, namentlich in der l. 21. C. h. t. so nahe gelegen hätte, denn, wenn Justinian da verordnet, daß die Adventitien nicht konferirt werden sollen, so wäre es, um Mißverständnisse zu verhüten, absolut nöthig gewesen, hinzuzufügen, daß sich dies nicht auch auf die Früchte dieser Adventitien beziehe, sondern diese allerdings kollationspflichtig seien. Dazu kommt aber, daß auch der suus die Früchte der Adventitien lukriren kann, wenn der Hausvater sie ihm überläßt, l. 6. §. 2. C. de bon. quae liber. (6, 61) verb.: Sin autem etc., so daß also, genauer betrachtet, in dieser Rücksicht kein so außerordentlicher Unterschied zwischen dem suus und dem emancipatus Statt findet. Endlich möchte auch gewisser Maaßen der Ausspruch des Paulus in l. 11. h. t. hier anwendbar sein, wonach das, was der Vater seinem emanzipirten Sohne früher zahlt, als er dazu verpflichtet wäre, nicht konferirt zu werden braucht „quum — — — non tam ex donatione, quam ex causa debiti

ea possidere videatur". Vgl. bes. Mayer, Erbr. I. §. 126. Not. 11. (S. 380), und s. auch Zimmern in Erl. Jahrb. VI. S. 47 fgg., Roßhirt, Einleitung in das Erbr. S. 421 fgg., testam. Erbr. II. S. 210 fgg. Hiernach möchte doch wohl die Meinung, daß der Emanzipirte die Einkünfte der Adventitien nicht zu konferiren habe, den Vorzug verdienen.

2) Wenn Viele die besondre Kollationspflicht des emancipatus schon nach dem Rechte des Kodex für gänzlich aufgehoben halten, so ist die Meinung noch verbreiteter, daß jedenfalls nach der Nov. 118. davon keine Rede mehr sein könne, denn dadurch wären ja die emancipati den suis ganz gleichgestellt worden, und namentlich succedirten sie ja danach eben so gut nach Zivilrecht, wie die sui, so daß für die mit der Bonorum possessio verknüpfte besondre Kollationspflicht der emancipati gar kein Raum mehr vorhanden sei; vgl. außer fast allen Aelteren unter den neueren Juristen noch besonders Roßhirt, Einleitung in das Erbr. S. 414 fgg. und testam. Erbr. II. S. 204 fgg. und Fein S. 138 fgg. Ich für meinen Theil kann aber einer solchen Argumentation schon darum, wenigstens nicht vollständig, beitreten, weil hier Intestaterbrecht und Notherbrecht auf ganz gleiche Stufe gestellt sind. Nimmt man nämlich mit mir an, daß auch noch im neuesten Justinianischen Rechte für die präterirten emancipati die bon. poss. contra tabulas das einzige Rechtsmittel ist, woran weder durch Nov. 115, noch auch durch Nov. 118. etwas geändert wurde, und daß bei dieser bon. poss. contra tabulas noch ganz die alten Grundsätze gelten, so daß z. B. sogar noch das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus dabei Anwendung findet (s. oben §. 486. Anm., vgl. mit §. 472. Anm.), so ergiebt sich das Resultat von selbst, daß wenigstens für den Fall, wenn der emancipatus vermittelst bon. poss. contra tabulas zur Erbfolge kommt, auch noch nach der Nov. 118. die besondre Kollationspflicht desselben gegen die sui Platz greifen muß, denn dieser Fall wird ja überall durch jene Novelle nicht berührt. Nach dieser Ansicht darf also die obige Frage nur so aufgeworfen werden: ob jene besondre Kollationspflicht der emancipati auch noch nach der Novelle 118. dann eintrete, wenn dieselben als Intestaterben mit sui zusammentreffen? In dieser Beschränkung glaube ich aber allerdings, in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre, die Frage verneinen zu müssen, während unter den Neueren sich besonders Francke a. a. O. S. 224 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 124. Not. 9. und Arndts a. a. O. S. 822 fgg. für die gegentheilige Ansicht ausgesprochen haben; vgl. auch Schmidt in Bekker's Jahrb. IV. S. 112 ff. Das gewöhnlich für eine solche Verneinung gebrauchte Argument, weil jetzt die emancipati durch die Nov. 118. Zivilerben geworden seien, ist freilich von keiner sonderlichen Bedeutung, denn der innere Grund für jene Kollationspflicht liegt doch gewiß nicht darin, weil die emancipati nur nach prätorischem Rechte zur Erbfolge gelangten, sondern derselbe liegt jedenfalls tiefer, wie noch gleich nachher näher angedeutet werden soll, und augenscheinlich erhellt die Unstatthaftigkeit jenes Arguments aus der bekannten Verordnung von Anastasius, wonach dann, wenn ein Sohn per rescriptum emanzipirt ist, und ihm dabei die jura legitima, also auch ziviles Intestaterbrecht, vorbehalten sind, derselbe dennoch zur Kollation ganz eben so verpflichtet sein soll, wie ein

andrer emancipatus, welcher durch bonor. possessio zur Erbfolge kommt, l. 11. C. de legit. hered., l. 18. C. h. t., Francke, Mayer und Arndts a. d. aa. OO. Zutreffender hingegen möchte folgende Argumentation sein. Bis zur Nov. 118. war das Erbrecht der emancipati auf den Grundgedanken basirt, daß eigentlich nur die Sui ein Erbrecht hätten, und die emancipati, um auch daran Theil nehmen zu können, gleichsam wieder *sui* werden müßten. Es mußte also die dazwischen liegende capit. deminutio minima wie nicht vorhanden angesehen werden, und diese nothwendige Voraussetzung ihres Erbrechts führte von selbst zu dem Folgesatz, daß ihr nach der Emanzipation gemachter Erwerb der väterlichen Erbschaft eben so zugerechnet werden müsse, wie wenn sie niemals aus der Gewalt entlassen worden wären. (Freilich leugnen jetzt wieder *Hingst*, bon. poss. p. 161. und Schmidt in Bekker's Jahrb. IV. S. 112 fgg., daß dieser Gedanke der Kollation des Emanzipatus zu Grunde liege, weil es damit nicht vereinbar sei, daß der Emanzipatus nur den Sui, nicht auch den andren Emanzipati, und daß er nur denjenigen Sui konferire, welche durch seine Konkurrenz eine Einbuße erleiden; die Fiktion der Suität hätte vielmehr zu der andren Konsequenz führen müssen, daß die Kollation allen Miterben des Konferenten zu Gute komme, denn fingire man, der Sohn sei gar nicht aus der Gewalt entlassen, so sei ja offenbar sein ganzer Erwerb nichts als ein gewöhnlicher Bestandtheil der väterlichen Erbschaft, welcher unter alle Erben des Vaters vertheilt werden müsse. Bei dieser Argumentation wird aber übersehen, daß die Fiktion der Suität selbstverständlich keine absolute, sondern nur eine relative ist. Denjenigen gegenüber, welchen durch die bonor. possessio des emancipatus kein Schaden erwächst, bedarf derselbe natürlich zur Begründung seines Erbrechts keiner Fiktion, sondern nur denjenigen gegenüber, die dadurch in ihren zivilen Rechten beeinträchtigt werden („qui injuriam per bonor. poss. patiuntur“, l. 10. h. t., l. 1. §. 13. de conj. c. em. liber.); wo aber der Emanzipatus sich nicht auf fingirte Suität berufen muß, um zum Erbrecht zu gelangen, da braucht er sich begreiflich auch nicht zu seinem Nachtheil als suus fingiren zu lassen, und daraus erklären sich von selbst die oben angedeuteten Schranken der Kollation, ohne irgend einen Widerspruch mit der Suitäts-Fiktion. Wenn übrigens Schmidt a. a. O. unsre Kollation auf eine Art von „Sühne“ oder „Vergütung“ eines Unrechts zurückführt, so ist dies wohl jedenfalls ein nicht ganz passender Ausdruck; die Kollation gewährt keine Sühne, sondern sie mindert nur die injuria, die dem konkurrirenden suus durch die bonor. poss. des emancipatus zugefügt wird). Diese Fiktion der Suität ist aber jetzt nach der Nov. 118. nicht mehr die Grundlage der Erbberechtigung der emancipati, indem dieselben jetzt vielmehr mit völlig gleichem Rechte, wie die Sui, in ihrer Qualität als Deszendenten zur Erbfolge gerufen werden; und mit dem Wegfallen dieser Fiktion muß auch gewiß das, was doch wesentlich nur eine Konsequenz derselben war, nämlich jene Kollationspflicht der emancipati, ebenfalls wegfallen. Folgende nahe liegende Analogie wird zu wesentlicher Bestätigung dieser Argumentation dienen. Durch spätere kaiserliche Verordnungen wurde bekanntlich kognatischen Enkeln neben den eigentlichen liberi Erbrecht in das Vermögen des mütterlichen Großvaters

eingeräumt (§. 409. Anm.). Diese Enkel brauchten aber anerkannter Weise niemals den sui etwas zu konferiren, obwohl diese durch ihre Konkurrenz nicht weniger beschränkt wurden, als durch das Zusammentreffen mit emancipati. Der Grund der verschiedenen Behandlung jener kognatischen Enkel und der emancipati war aber — wenigstens nach der Zeit der Nov. 18. c. 4, denn für die frühere Zeit könnte man vielleicht in dem an die liberi abzugebenden Drittheil den Grund finden wollen, obwohl dies doch darum nicht wohl zulässig erscheint, weil dieses ⅓ nicht blos an die sui, sondern auch an die emancipati geleistet werden mußte — kein andrer, als weil bei jenen kognatischen Enkeln gleich von Anfang an nicht etwa fingirte Suität, wie bei den emancipati, sondern rein nur ihre Deszendentenqualität die Basis ihres Intestaterbrechts war. Was bei jenen Enkeln von Anfang an der Fall war, das ist bei den emancipati durch die Nov. 118. eingetreten, und wie dort aus diesem Grunde niemals eine besondre Kollationspflicht an die sui vorgekommen ist, so muß diese hier aus demselben Grunde seit der Nov. 118. weggefallen sein. Vgl. auch Fein a. a. O. Der neueste Gegner der hier vertretenen Ansicht, Schmidt a. a. O. S. 121, kommt zu dem eigenthümlichen Resultat, daß zwar allerdings die Kollationspflicht des emancipatus auch nach der Nov. 118. noch anerkannt werden müsse, daß aber dabei alle Grundsätze wegfallen müßten, welche aus dem Gedanken eines zu sühnenden Unrechts hervorgegangen seien, und daraus wird dann die Konsequenz gezogen: „man konferirt nicht mehr blos bestimmten einzelnen Miterben, sondern man wirft einfach in die Erbmasse, was darin sich befinden würde, wäre man selber Hauskind geblieben bis zu des Erblassers Tode“. Offenbar wäre dies aber nicht mehr die alte collatio emancipati, sondern ein ganz neues Institut mit ganz neuen Grundlagen. Die Einführung desselben scheint mir selbst legislativ wenig empfehlenswerth, denn darnach müßte z. B. der emancipatus seinen Erwerb auch den Enkeln von einer Tochter und auch der armen Wittwe konferiren, wozu ich schlechthin gar keinen, auch nicht einmal einen Billigkeits-Grund einsehe —; in keinem Falle aber sind wir m. E. berechtigt, durch Interpretation ein solches neues Institut zu schaffen.

Das schließliche Resultat dieser Erörterungen ist folgendes. Zur Zeit der Publikation der Pandekten und des Kodex fand die alte collatio bonorum von Seiten des emancipatus sowohl im Falle der bon. possessio contra tabulas als unde liberi noch unbedenkliche Anwendung, wiewohl jetzt nicht mehr das gesammte, nach der Emanzipation erworbene Vermögen, sondern nur noch das, bei der Emanzipation nicht zurückgezogene peculium profectitium, und die nach der Emanzipation vom Vater erhaltenen Geschenke konferirt werden mußten. Für den Fall der *bonor. poss. contra tabulas* ist an diesem Rechte auch nicht das Mindeste durch späteres Novellenrecht geändert worden, während allerdings im Falle der Intestaterbfolge nach den neuen Prinzipien der Nov. 118. kein Raum mehr für jene collatio von Seiten des emancipatus vorhanden ist. —

b) Von der Kollation der Deszendenten überhaupt.
§. 516.

Anm. 1. Ganz analog der collatio bonorum von Seiten des emancipatus war im Prätorischen Edikte auch eine collatio dotis von Seiten der sua angeordnet. Da nämlich der verheiratheten filiafamilias, welche eine dos erhalten hatte, die auf deren Rückforderung gerichtete rei uxoriae actio und beziehungsweise die Dos selbst regelmäßig als ein praecipuum zufiel (§. 220. Anm.), so trat in dieser speziellen Beziehung eine ähnliche Ungleichheit zwischen der dotirten Sua und andern Kindern ein, wie diese, freilich viel allgemeiner, zwischen einem emancipatus und suis vorkam, eine Ungleichheit, welcher der Prätor dadurch abhalf, daß er die mit andern Kindern zusammentreffende sua zur Kollation einer solchen dos verpflichtete, und zwar natürlich nicht blos der dos profectitia, sondern auch der adventicia, l. 1. §. 7. de dot. collat. (37, 7), l. 4. C. h. t. (über die letzte Stelle, namentlich über die anstößigen Worte: „profecticiam seu adventiciam dotem *a patre datam vel constitutam*" vgl. Fein S. 154 fgg. und die dort zahlreich Angeff., s. auch noch Arndts a. a. O. S. 826. und Schmidt, Notherben S. 122. Not. 178); und wenn dies Anfangs allerdings nur für den Fall geschah, wenn die sua die bonor. possessio agnoszirte, so wurde doch später seit einem Reskript von Pius dasselbe auch dann angenommen, wenn sie blos nach Zivilrecht Erbin wurde, l. 1. §. 1. de dot. collat. (37, 7). Dabei wurden denn auch im Einzelnen ganz ähnliche Grundsätze in Anwendung gebracht, wie bei der collatio bonorum, und so konferirte z. B. die sua ihre Dos nur dann, wenn sie contra tabulas oder ab intestato succedirte, nicht auch wenn sie Testamentserbin war, l. 3. h. t., l. 4. 7. C. h. t., sie konferirte sie nur denjenigen, deren Erbrecht sie durch ihre Konkurrenz beschränkte, l. 1. §. 2, l. 3. h. t., und auch die Vertheilung geschah ganz so, wie bei der collatio bonorum, l. 1. §. ult. de collat. (37, 6). Darin aber unterschied sich diese dotis collatio wesentlich von der collatio bonorum, daß bei der erstren auch emanzipirte Kinder participirten, was aber doch wohl erst seit dem vorher aufgeführten Reskript von Pius aufkam, und wobei es unter den römischen Juristen streitig wurde, ob dieselben blos an der dos profecticia, oder auch an der adventicia Theil haben sollten, bis Gordian in l. 4. fin. C. h. t. sich für das Erstre entschied:

> „His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit",

vgl. Pfitzer a. a. O. §. 30. 31, *Unterholzner*, diss. cit. §. 8. 9. (p. 89 sqq.), und bes. Kämmerer, Beiträge zur Geschichte und Theorie des Rechts, Abh. 7, und Fein a. a. O. S. 146 fgg., vgl. auch Francke a. a. O. S. 186 fgg., Arndts cit. S. 824 fgg., Keller a. a. O. S. 618 fgg., Vering a. a. O. S. 605 fgg., Schmidt in Bekker's Jahrb. IV. S. 117 fgg., form. Notherben S. 120 fgg.

An diese collatio dotis — welche in Betreff der dos *adventicia* im neuesten Justinianischen Rechte seit Entwicklung des Rechts der Adventizien nothwendig ganz wegfallen mußte, l. 6. C. de bon. quae liber. (6, 61), l. ult.

C. h. t., in Betreff der dos *profecticia* aber mit der neuen allgemeineren Kollation der Deszendenten überhaupt zusammentrifft, so daß sie als selbständiges Institut im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommt, vgl. Fein S. 190 fgg. und die dort zahlreich Angeff., s. auch Arndts cit. S. 826 — an diese dotis collatio, sage ich, schlossen sich nun später kaiserliche Verordnungen namentlich von Leo und Justinian an, wodurch ein von der alten collatio seinem Grundwesen nach verschiedenes Institut, die neue Kollation der Deszendenten überhaupt entstanden ist. Hierher gehören:

1) Die Verordnung von Leo in l. 17. C. h. t. Zunächst wird hier bestimmt, daß, wie bisher weibliche Deszendenten die dos, so jetzt auch männliche Deszendenten die donatio propter nuptias konferiren sollten, was sich denn auch als eine ganz natürliche Anwendung auf ein völlig analoges Rechtsverhältniß herausstellt. Außerdem aber verordnet Leo, daß diese Kollation der dos und donatio propter nuptias bei der Beerbung eines jeden Aszendenten, ohne alle Rücksicht auf väterliche Gewalt, vorkommen solle, wenn nur gerade der zu beerbende Aszendent die fragliche *dos* oder *donatio propter nuptias* konstituirt habe. Hierdurch ging nun augenscheinlich Leo wesentlich von den früheren Kollationsprinzipien ab; denn nicht die juristische Verschiedenheit der Kinder in Betreff der Erwerbfähigkeit kann hiernach mehr der Grund der Kollation sein, sondern der Kaiser strebte nach faktischer Gleichheit — es soll bei der Intestaterbfolge ein Deszendent nicht leicht mehr aus dem älterlichen Vermögen erhalten, als ein andrer —, aber freilich war das Mittel, welches er anwendete, nicht besonders zweckmäßig, denn ein Kind mußte jetzt seine dos oder donatio propter nuptias den übrigen Geschwistern konferiren, während diese vielleicht viel beträchtlichere Schenkungen ausschließlich behielten. Vgl. bes. Francke a. a. O. S. 198 fgg. und Fein cit. S. 199 fgg. — Ueber die Schlußworte der l. 17. cit., wo Leo der collatio dotis die collatio bonorum von Seiten des emancipatus entgegensetzt, ist schon in dem vorigen §en die Rede gewesen.

2) Die Verordnung Justinian's in l. 20. C. h. t. Seit der neuen Gestalt, welche Leo der Kollation gegeben hatte, mußte der Gedanke nahe liegen, daß man von der Kollation auf die Einrechnung in den Pflichttheil, und umgekehrt, schließen dürfe, und daß man wirklich zu solchem Schluße sich berechtigt hielt, beweist nicht nur l. 29. C. de inoff. test. (3, 28), sondern es geht dies auch aus unsrer l. 20. cit. hervor. Diese beginnt nämlich mit dem Satze, daß ungeachtet des Zweifels Einiger, allerdings Alles konferirt werden müsse, was auch in den Pflichttheil einzurechnen sei, und also namentlich auch die vom Erblasser angeschaffte Militia, soweit zur Todeszeit des Erblassers der Deszendent daraus noch bereichert sei (vgl. auch l. 12. C. comm. utriusque judicii 3, 38). Der umgekehrte Schluß soll aber nicht zulässig sein; was um so nöthiger zu bemerken war, da Justinian gerade in diesem Gesetze die Zahl der zu konferirenden Objekte noch weiter vermehrt hat. Er verordnet nämlich, um die vorher angedeutete, aus der Leonischen Verordnung hervorgehende Unbilligkeit möglichst zu beseitigen, in §. 1. der l. 20. cit., daß, wenn Einer der Deszendenten eine dos oder donatio propter nuptias, aber keine anderweite Schenkung, ein andrer Deszendent aber umgekehrt keine dos oder donatio propter nuptias, wohl

aber anderweite Schenkungen von dem Aszendenten erhalten habe, so soll diese simplex donatio ebenfalls konferirt werden. Am Schlusse wird denn auch noch auf den sich freilich schon von selbst verstehenden Satz hingedeutet, daß eine solche Schenkung auch dann zu konferiren sei, wenn der Erblasser die Verpflichtung dazu sogleich bei Vornahme der Schenkung aufgelegt habe. Vgl. Francke a. a. O. S. 202 fgg., Fein S. 207 fgg.

3) Hieran schließt sich denn endlich noch die Verordnung Justinian's in Nov. 18. c. 6. an. Bis dahin war von Kollation schlechthin nur dann die Rede, wenn der Deszendent entweder contra tabulas oder ab intestato zur Erbfolge kam. Justinian dehnte dieselbe aber hier auch auf testamentarische Succession aus, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich das Gegentheil bestimmte. In allem Uebrigen aber soll es ganz beim alten Rechte bleiben. Vgl. Francke a. a. O. S. 242 fgg., Fein cit. S. 371 fgg.

Anm. 2. In Betreff der Subjekte kommen bei der neuen Kollation folgende wesentliche Sätze in Betracht.

I. Kollationspflichtig sind nur:

1) Deszendenten. Die schon von manchen Aelteren vertheidigte Meinung von *Unterholzner*, diss. cit. p. 67, daß nach l. 20. C. h. t. alle Pflichttheilsberechtigten, also namentlich auch Aszendenten und Geschwister konferiren müßten, bedarf keiner besondren Widerlegung, denn ganz augenscheinlich hat der Kaiser in der l. 20. cit. nur in objektiver Beziehung die Kollation mit der Einrechnung in die legitima in Parallele bringen wollen, ohne auch nur entfernt daran zu denken, die Kollationspflicht auch subjektiv auszudehnen; vgl. auch Nov. 97. c. 6, Thibaut im ziv. Arch. V. S. 330 fgg., Fein a. a. O. S. 267 fgg.

2) Es sind aber nur diejenigen Deszendenten zur Kollation verpflichtet, welche auch wirklich Erben werden, so daß man also durch Ausschlagung der Erbschaft aller Kollationspflicht selbst dann entgehen kann, wenn man mehr zu konferiren hätte, als der zu erwartende Erbtheil betrüge. Selbst der suus, welcher abstinirt, und gewiß auch der extraneus, welcher sich gegen den Erbschaftsantritt in integrum restituiren läßt, werden dadurch der Kollationspflicht überhoben, l. 8. 9. de dot. collat.

3) Vor der Nov. 18. c. 6. genügten die beiden eben angegebenen Merkmale; seitdem muß aber noch das dritte hinzugefügt werden: nur diejenigen Deszendenten sind kollationspflichtig, welche entweder ab intestato zur Erbfolge kommen, oder zwar aus einem Testamente succediren, aber ohne dies Testament die nächsten Intestaterben gewesen sein würden. Zwar wird diese letztre Beschränkung von Fein S. 374 fgg., welchem auch Pfordten S. 889. beitritt, in Abrede gestellt, und die Kollationspflicht für jeden ex testamento succedirenden Deszendenten vertheidigt, aber m. E. ohne Grund, indem Justinian wiederholt in Nov. cit. das frühere Kollationsrecht in seinem vollen Umfange bestätigt („secundum quod olim dispositum est" — „omnibus, quae prius de collationibus a nobis dicta sunt, in sua virtute manentibus"), und nur die einzige Erweiterung zugefügt hat, daß von nun an Kollation auch bei testamentar. Erbfolge Statt finden solle; gewiß mit Recht hat sich daher auch stets die herrschende Lehre für die obige Beschränkung ausgesprochen; vgl.

die bei Fein a. a. O. Not. 3. zahlreich Angeff. und s. auch Arndts cit. S. 832, Sintenis III. §. 189. Not. 7, Brinz, Lehrb. S. 725 fg., Keller a. a. O. S. 323, Vering, Erbr. S. 656, Tewes, Syst. II. S. 149 fg.

4) Nach Nov. 18. cit. wirft sich auch noch die Frage auf, ob ein Deszendent auch dann zur Kollation verpflichtet sei, wenn er von seinem Parens zum heres *ex re certa* eingesetzt sei? Während sich z. B. Fein S. 377 fg. dagegen erklärt, vertheidigt Neuner, her. inst. ex re certa S. 461 fgg. die bejahende Meinung, und man muß ihm in Folge der früher entwickelten Prinzipien über solche Erbeinsetzungen (s. oben §. 449. Anm. 2), sofern nicht in einem konkreten Falle mit Sicherheit auf einen anderweiten Willen des Erblassers geschlossen werden kann, was gerade bei dieser Art der Erbeinsetzung häufig der Fall sein wird, beistimmen.

5) Ob auch liberi *naturales* zu konferiren verpflichtet seien, ist in den Gesetzen nirgends berührt, und in der Doktrin noch h. z. T. streitig; meiner Ansicht nach muß die Frage verneint werden, theils weil die Gesetze solche naturales nirgends dazu verpflichten, und jede Kollationspflicht ein singulare ist, welches besondre gesetzliche Vorschriften voraussetzt, theils und besonders, weil die Idee, auf welche die ganze neuere Kollation basirt ist, bei den liberi naturales augenscheinlich nicht eintritt, Pfitzer §. 76, Roßhirt, Einleit. S. 434, Fein S. 266 fg.

6) Daß auch die Erben solcher kollationspflichtigen Personen konferiren müssen, versteht sich ganz von selbst, l. 14. C. h. t., und eben so ist es keinem begründeten Zweifel unterworfen, daß die Kollationspflicht auch auf die Transmissare übergeht, s. auch Fein S. 367 fg. S. 391 fg. Auffallend unrichtig ist aber die Behauptung, die sich z. B. bei Pfitzer §. 100. findet, daß eben dies auch bei denjenigen angenommen werden müsse, welche durch Anwachsungsrecht in die Portion eines Kollationspflichtigen eintreten, denn die dafür angeführte l. un. §. 4. C. de caduc. toll. (6, 51) spricht nur von dem Uebergang solcher Lasten, welche der Testator auf eine Erbportion gelegt hat, und die dann gleichsam wie ein accessorium mit dieser Portion auf andre Erben übergehen sollen, eine Bestimmung, welche natürlich keinen Schluß auf die aus rein subjektiven Voraussetzungen hervorgehende, und mit der Portion gar nicht zusammenhängende Kollationspflicht zuläßt, Roßhirt a. a. O. S. 437, Fein S. 369 fg. Daß auf Substituten die Kollationspflicht nicht übergeht, erkennt Pfitzer §. 101. selbst an; s. auch Fein S. 390 fg.

Wenn es nun in Gemäßheit dieser Grundsätze nicht zweifelhaft sein kann, daß auch Deszendenten entfernterer Grade zur Kollation verpflichtet sind, wenn die Mittelsperson hinweggefallen ist, so ist es doch äußerst bestritten, was von ihnen zu konferiren ist, und zwar fragt es sich

a) ob und inwiefern sie auch dasjenige zu konferiren verpflichtet sind, was ihr praedefunctus parens hätte konferiren müssen? Während nämlich sehr Viele eine unbedingte Verbindlichkeit hierzu annehmen, einerlei, ob die Enkel ihren parens praedefunctus beerbt haben, oder nicht, vgl. z. B. außer vielen Aelteren noch Pfitzer §. 85. 93. und die dort Not. c. Angeff., Thibaut, Syst. §. 883. und in Braun's Erörtr. S. 674, Schweppe §. 863, v. Wening

Buch V. §. 180, Arndts a. a. O. S. 843 fg., glauben Andre, daß die Enkel nur dann zur Kollation solcher Gegenstände verpflichtet seien, wenn sie wirklich die Mittelsperson beerbt hätten, und dadurch jene conferenda in ihre Hand gekommen seien, vgl. z. B. Mühlenbruch, Lehrb. §. 719. Not. 14, Puchta, Lehrb. §. 512. not. e, Seuffert, Lehrb. §. 587, Valett, Lehrb. §. 1079. und die dort in Not. 90. Angeff., Francke a. a. O. S. 203 fgg. Not. 45, Göschen, Vorlef. Bd. III. Abth. 2. S. 476, Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 218, Fein S. 352 fgg., Pfordten a. a. O. S. 888, Sintenis a. a. O. Not. 19, Tewes S. 148. u. A. m. (vgl. auch Seuffert's Arch. X. 187, XI. 163). Diese letztre Ansicht halte ich für die richtige, und entscheidend dafür möchte schon der bekannte, und auch von Justinian in l. 20. C. h. t. wieder hervorgehobene Grundsatz sein, daß die Kollationspflicht sich nur auf solche Sachen erstrecke, die den Kollationspflichtigen noch wirklich bereichern. Die gegnerische Meinung wird dagegen hauptsächlich nur durch die ganz verwerfliche Annahme eines Repräsentationsrechts bei der Erbfolge der Enkel begründet (s. dagegen oben §. 414. Anm.), und außerdem noch durch Berufung auf l. 19. C. h. t. und Nov. 118. c. 1. Bei dem erstren Gesetze ist aber sicher vorauszusetzen, daß die Enkel ihren parens beerbt haben, wie schon daraus hervorgeht, daß sich die l. 19. cit. als eine Wiederholung und resp. Erläuterung einer früheren Arkadischen Konstitution ankündigt, diese aber, nämlich die l. 5. C. Th. de legit. hered. (5, 1), unleugbar, wie ihre Endworte beweisen, von jener Voraussetzung ausgeht. Noch unbeweisender ist die Nov. 118. c. 1; denn, wenn da vorgeschrieben ist, daß die Enkel nicht mehr aus dem großväterlichen Nachlaß erhalten sollen, als ihr praedefunctus parens erhalten haben würde, so kann daraus doch gewiß nicht gefolgert werden, daß sie auch verbunden sein sollten, eben so, wie dieser, durch eine Aufwendung aus eigenem Vermögen den großväterlichen Nachlaß zu vermehren. — Wenn jetzt Brinz, Lehrb. S. 727 fgg. durch eine historische Untersuchung zu dem Resultate kommt, daß im neuesten römischen Rechte im Geiste der Nov. 118. die Enkel gar nicht mehr zu konferiren hätten, was ihr praedefunctus parens hätte konferiren müssen: so ist seine Argumentation doch nicht überzeugend genug, um die gegentheilige in der Theorie wie in der Praxis festgewurzelte Ansicht zu erschüttern.

b) Eine zweite bestrittene Frage ist die, ob Enkel das, was sie selbst von dem Erblasser erhalten haben, allgemein, oder ob sie dies nur dann zu konferiren haben, wenn sie es nach dem Tode ihres Parens erhalten haben? Für die letztre Ansicht kann zwar der scheinbare Grund angeführt werden, daß der Enkel vor dem Tode seines Parens im Verhältniß zu seinem Großvater gleichsam noch extraneus sei, während doch nach der, der neuen Kollationspflicht zu Grunde liegenden Idee die Hingabe von conferenda gewisser Maaßen eine Antizipation des Erbrechts involvire, und also zur Begründung der Kollationspflicht es durchaus nöthig sei, daß der Empfänger im Augenblicke der Hingabe in unmittelbaren Erbrechtsverhältnissen zu dem Geber stehe, vgl. auch Pfitzer §. 86 fgg., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 674, Roßhirt, Einleit. S. 435 fgg., Sintenis a. a. O. Not. 20. u. A. m. Aber es läßt sich nicht nur gegen eine solche, der Kollationspflicht zu Grunde gelegte Idee noch gar Manches einwenden,

sondern es ist auch, selbst wenn wir diese Idee annehmen, die daraus gezogene Folgerung keineswegs nothwendig. Ein Hinblick auf die **lex Junia Velleja** und die spätere Doktrin (s. oben S. 227 fgg.) läßt nämlich leicht erkennen, wie wenig ein mittelbarer Deszendent auch noch bei Lebzeiten seines Parens als **extraneus** im Verhältniß zu seinem Großvater angesehen, wie sehr vielmehr die „**nullo novo facto, sed ordine quodam naturali**" begründete Möglichkeit des Nachrückens schon zum voraus berücksichtigt wurde. Dies kann denn auch recht gut auf unsren Fall angewendet werden, und wir sind dazu um so mehr veranlaßt, da in dem Hauptgesetze, nämlich in **l. 17. C. h. t.**, keine Spur jener Unterscheidung vorkommt, sondern ganz allgemein Enkeln und Enkelinnen die Pflicht auferlegt wird, die von den Großeltern empfangene **donatio propter nuptias** oder **dos** zu konferiren; vgl. auch Arndts S. 844, Fein S. 362 fgg.

An diese letztre Erörterung knüpft sich von selbst die Frage an, ob denn auch adoptirte oder legitimirte Kinder dasjenige zu konferiren haben, was ihnen der Erblasser vor der Adoption oder Legitimation zugewandt hatte? Diese Frage verneine ich, eben weil der Empfänger vor jener Zeit wirklich ein vollständiger **extraneus** war, und er nur erst durch ein ganz neues Faktum in Deszendenten-Verhältniß getreten ist, so daß also auch hierbei die Grundsätze über **exheredatio** analog zur Anwendung kommen (S. 228). —

II. Gerade dieselben Personen, welche zur Kollation verpflichtet sind, sind auch berechtigt, Kollation zu verlangen, und gerade nur ihnen kommt auch eine geschehene Kollation zu Gute. Hierbei kommen aber noch folgende Punkte in Betracht:

1) Wir haben sowohl bei der alten **collatio bonorum**, als auch bei der **dotis collatio** den Grundsatz gefunden, daß nur denjenigen konferirt wird, deren Erbquote durch das Zusammentreffen mit dem Kollationspflichtigen geschmälert wird, so daß also z. B. die Enkelin, welche zusammen mit einem Bruder und einem Oheime ihren Großvater beerbt, blos ihrem Bruder, nicht auch dem Oheime die **dos** zu konferiren braucht. Sehr allgemein hält man diesen Satz im neuen Rechte für aufgehoben, indem man sich theils auf **l. 19. C. h. t.** beruft, theils das veränderte Prinzip der neuen Kollation dafür anführt, vgl. z. B. Pfitzer §. 35. und 92. und die da in Not. b. Angeff., Mühlenbruch §. 790. bei Note 9, Valett §. 1078. a. E., Göschen, Vorles. Bd. III. Abth. 2. S. 473 fgg., Roßhirt, testam. Erbr. II. S. 218. Not. 1, Arndts cit. S. 835 fgg., Fein a. a. O. S. 277 fgg., Keller a. a. O. S. 323, Vering S. 657, Tewes S. 151. u. A. m. Daß eine konsequente neue Gesetzgebung, die sich dieser Prinzipänderung klar bewußt geworden, jenen bei der alten **collatio** geltenden Satz hätte abschaffen sollen, räume ich ein. Da aber die Veränderungen in der Kollationslehre nur allmälig und immer so geschahen, daß die Neuerungen möglichst an die alte **collatio** angeschlossen wurden, so reicht meines Erachtens das veränderte Prinzip allein nicht aus, um daraus die Aufhebung eines im früheren Rechte fest begründeten Satzes abzuleiten. Aus der **l. 19. C. cit.** kann aber eine solche Aufhebung ebenfalls nicht gefolgert werden, denn dort ist blos von derjenigen Kollation der **dos** oder **donatio propter nuptias** die Rede, welche den Enkeln als Erben ihres *praedefunctus parens* obliegt und wobei

also natürlich der Enkelstamm als kollationspflichtig erscheint; ein Fall, welcher wesentlich von dem andren verschieden ist, wo einer Enkelin unmittelbar von dem zu beerbenden Großvater eine dos konstituirt ist; vgl. auch *Puffendorf*, tom. III. obs. 118. §. 6, Mayer, Erbr. I. §. 125. Not. 5. 6, Sintenis III. §. 189. Not. 17, Brinz, Lehrb. S. 727. Gilt aber hiernach noch fortwährend der Satz des alten Rechts, daß nur denjenigen die Kollation zu Gute komme, deren Erbrecht durch den Konferenten beschränkt wird, so versteht es sich, daß um so mehr noch der andre Satz des alten Rechts gilt, daß die Kollation dann ganz wegfällt, wenn der an sich Kollationspflichtige durch seinen Zutritt zu der Erbschaft den übrigen Deszendenten sogar nützt.

2) Nach dem oben Gesagten leuchtet von selbst ein, daß dann, wenn neben Kollationsberechtigten noch Andre succediren, z. B. eine arme Wittwe, oder eingesetzte extranei, diesen die geschehene Kollation nicht zu Gute kommt. Ueber die Art und Weise aber, wie in solchem Falle das conferendum unter die Berechtigten vertheilt wird, enthalten die Gesetze keine speziellen Bestimmungen, und namentlich berührt die Nov. 18. diesen Fall nicht. Doch kommt ein ähnlicher Fall bei der collatio emancipati vor, wenn nämlich mehrere emancipati mit suis konkurrirten, indem ja die ersteren unter einander auch nicht kollationspflichtig waren; und da nun die römischen Juristen für diesen Fall das Prinzip befolgen, daß die conferenda zwischen den Kollations-Pflichtigen und Berechtigten so zu vertheilen seien, wie wenn sie die einzigen Erben wären, vgl. oben S. 379 fg. Nr. 4: so müssen wir gewiß diesen Grundsatz auch für die neue Kollation der Deszendenten unter einander festhalten, und wenn also z. B. die dotirte Tochter auf ¼, der Sohn auf ½, ein Extraneus auf ¼ zu Erben eingesetzt sind, so fallen von der zu konferirenden dos ⅓ an die Tochter, und ⅔ an den Sohn, vgl. auch Arndts S. 836 fg., Fein S. 281 fgg. S. 380 fg. Doch fehlt es auch nicht an Dissentienten, und namentlich halten Manche es für natürlicher, daß der Antheil des conferendum, welcher auf die extranei fallen würde, bei dem Kollations-Pflichtigen zurückbleiben müsse, wornach dann das vorige Beispiel dahin zu entscheiden wäre, daß der Sohn nur ½ der dos ansprechen dürfte, und ½ derselben bei der Tochter zurückblieben, vgl. z. B. Pfitzer §. 263, Göschen, Vorles. Bd. III. Abth. 2. S. 482 fg., Keller a. a. O. S. 323, Bering S. 658, Tewes S. 151 fg.

Anm. 3. Wenn man früher sehr gewöhnlich die Regel aufstellte, daß ein Deszendent Alles, was er von dem zu beerbenden Aszendenten bei dessen Lebzeiten als freie Gabe erhalten habe, konferiren müsse, eine Regel, die man dann wieder durch zahlreiche Ausnahmen limitirte, vgl. die Nachweisungen bei Fein S. 250 fgg., so erkennt man jetzt ganz allgemein, besonders nach dem Vorgang von Francke in der angef. Abh. die absolute Unrichtigkeit einer solchen Regel an. Aus dem in Anm. 1. Gesagten geht denn auch mit Bestimmtheit hervor, daß vielmehr die Zahl der Kollationsobjekte eine gesetzlich genau begrenzte ist, indem nur dasjenige konferirt zu werden braucht, was auch in den Pflichttheil eingerechnet werden müßte, und andre Schenkungen nur unter den ebenfalls schon in Anm. 1. angedeuteten Beschränkungen; vgl. außer Francke a. a. O. z. B. noch Hunger, Erbr. §. 158. a. E. S. 518, Roßhirt, Einleit. S. 425 fg.

S. 438 fgg., Mayer, Erbr. I. §. 126. 127, Arndts a. a. O. S. 837 fgg., Fein a. a. O. S. 199 fgg. und die Lehr- und Handbb. von Thibaut §. 884, Wening §. 512, Schweppe §. 864, Valett §. 1080, Seuffert §. 588, Mühlenbruch §. 720, Puchta §. 513, Göschen §. 969, Sintenis §. 189. Wie man aber den Ausdruck der l. 20. C. h. t., daß Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werden müsse, auch zu konferiren sei, dahin hat mißverstehen können, daß auch Vermächtnisse konferirt werden müßten (vgl. z. B. v. Wening in den von ihm selbst besorgten Ausgaben Buch V. §. 183. Not. d, Valett §. 1080. geg. E.), ist freilich unbegreiflich, denn unmöglich kann doch der Erblasser, welcher durch letzten Willen dem Deszendenten ein Vermächtniß aussetzt, der Meinung sein, daß das so Ausgesetzte wieder in die Erbmasse eingeworfen werden solle! Mit Recht hat sich daher von der Glosse an die gemeine Meinung stets dahin ausgesprochen, daß jene Aeußerung Justinian's durchaus nur auf Zuwendungen unter Lebenden bezogen werden dürfe, vgl. auch l. 10. 16. C. h. t.; vgl. Fein S. 236 fgg. und die dort zahlreich Angeff. Wie *donationes mortis causa* in dieser Rücksicht zu behandeln seien, ob als Vermächtnisse oder als donationes simplices, hängt von Entscheidung der Streitfrage ab, welche Natur man überhaupt einer solchen Schenkung im neuesten Rechte beilegen müsse, worüber am geeigneten Orte nähere Erörterungen mitzutheilen sind; vgl. unten §. 561 fgg. M. E. müssen dieselben im Sinne der l. 20. C. h. t. zu den donationes simplices gezählt, und also eine relative Kollationspflicht dabei angenommen werden, und gewiß muß dasselbe auch bei solchen Schenkungen angenommen werden, welche ein Haussohn von seinem Hausvater erhalten hat, und welche durch den Tod des Letztren konvaleszirenz; vgl. auch Roßhirt, Einl. S. 442 fgg., Arndts cit. S. 839, Fein S. 226 fgg. — Wenn übrigens auch noch manche Neueren außer den gesetzlich fixirten Kollations-Objekten doch noch eine Kollationspflicht in Betreff des s. g. *subsidium paternum* annehmen, d. h. dessen, was der Erblasser einem Deszendenten zur Einrichtung einer neuen Wirthschaft hingegeben hat, und sich dafür auf eine „wohlbegründete Praxis“ berufen, vgl. z. B. Puchta §. 513. Not. b, Seuffert §. 588, Arndts a. a. O. S. 839 fg. und Lehrb. §. 529, Sintenis a. a. O. Not. 24, Brinz, Lehrb. S. 725. u. A. m.: so läßt sich dagegen nicht ohne guten Grund das Bedenken erheben, daß diese allerdings sehr allgemein befolgte Praxis in dem subsidium paternum nicht sowohl ein Kollations-Objekt anerkennt, als vielmehr dabei von dem Gesichtspunkte eines stillschweigenden Darlehns ausgeht, und daher auch im Falle der Abstinenz oder Repudiation eine Einwerfung in die elterliche Erbschaft verlangt; vgl. Fein a. a. O. S. 259 fg. Ueberdies kann in Wahrheit die neuere Praxis gar nicht mehr als eine völlig konstante angesehen werden, vgl. die mehrfach von einander abweichenden Entscheidungen in Seuffert's Arch. III. 349, IV. 136, VII. 206, VIII. 276, IX. 190, X. 67, XIV. 151.

Anm. 4. Wenn der Kollationspflichtige die Erbschaft angetreten hat, und die conferenda betragen mehr, als ihm aus der Erbschaft zu hoffen ist, so ist im Allgemeinen soviel gewiß, daß dies ihm an seiner Kollationspflicht nichts mindern kann. Ob sich dies aber anders verhalte, wenn er cum beneficio inventarii angetreten habe, ist bestritten. Viele, vgl. z. B. Pfitzer §. 83. und

die dort Not. a. Zitt., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 676, Puchta §. 512. Not. c. u. A. m. leugnen es, weil Justinian in l. 22. C. de jure delib. nur vorschreibe, daß die Schulden in solchem Falle nicht ex propriis zu bezahlen seien, und davon könne noch kein Schluß auf die gar sehr davon verschiedenen conferenda gemacht werden, um so weniger, da jura singularia überhaupt nicht ausgedehnt werden dürften. Gewiß aber muß man sich für das Gegentheil erklären, denn nicht nur, daß der Grund der Justinianischen Konstitution sich auf Kollation so gut, wie auf Schulden bezieht, so sind auch die Worte des Kaisers ganz allgemein; denn der Kaiser sagt da, derjenige welcher von dem beneficium inventarii Gebrauch mache, solle sine omni damno discedere, sine omni damno conservari, und nur ein Chikaneur könne jetzt noch von dem alten jus deliberandi Gebrauch machen wollen, welches eigentlich durch seine Verordnung ganz überflüssig geworden sei. Alles dieses würde augenscheinlich nicht passen, wenn der Inventarisirende durch die Kollation zu positivem Nachtheil kommen könnte, zu einem Nachtheil, welcher durch Ausschlagung der Erbschaft vermieden worden wäre. Vgl. auch Fein S. 535 fgg., Sintenis III. S. 551. Not. 33. u. A. m.

C) Veräußerung der Erbschaft. §. 517.

Dig. XVIII. 4, Cod. IV. 39. de hereditate vel actione vendita. *Beseke*, de alienatione hered. ad explan. l. 2. C. de her. v. act. vend. Hal. 1774, Glück XVI. S. 309 fgg., Göschen, Vorlesungen Bd. III. Abth. 2. S. 429 fgg., Arndts im Rechtslex. IV. S. 24 fgg., Sintenis III. §. 206, Keller, Grundriß zu Instit. und Antiquit. S. 325 fgg., Tewes, Syst. II. §. 81. (Ueber eine einzelne Frage hierbei vgl. oben S. 315 fgg.).

1) *Ulpian.* l. 2. pr. h. t.: Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset, plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

2) *Antonin.* l. 2. C. h. t.: Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam ut satis tibi detur sero desideras, quoniam eo tempore, quo venum dabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest. — Vgl. jedoch *Sever.* et *Antonin.* l. 2. C. de pactis (2, 3): Post venditionem hereditatis

a te factam si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis, und ferner *Iidem* l. 1. C. h. t.: Aes alienum hereditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est, womit noch l. 41. de jure fisci (49, 14) zu verbinden ist. Ueber das Verhältniß dieser letztren Stellen zu l. 2. 3. C. de quadr. praescript. (7, 37) und §. ult. J. de usuc. (2, 6), vgl. Kämmerer in Gießer Zeitschr. XI. Abh. 11. und bes. Arndts ebendas. XIX. 1.

3) *Alexander* l. 5. C. h. t.: Emtor hereditatis actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit. Vgl. l. 16. pr. de pact. (2, 14).

III. Vom Verluste einer erworbenen Erbschaft. §. 518.

Siebentes Kapitel.

Von Vermächtnissen und Schenkungen Todes halber.

Inst. II. 20. de legatis; Dig. XXX—XXXII. de legatis et fideicommissis; Cod. VI. 37. de legatis, VI. 42. de fideicommissis, VI. 43. communia de legatis et fideicommissis, et de in rem missione tollenda. — *Donell.*, comm. jur. civ. lib. VIII. (edid. Bucher Vol. IV. p. 325 sqq. Vol. V. p. 1 sqq.), Westphal, hermeneutisch-system. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideikommissen 2 Bde. Leipz. 1791, Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Rechte. 2 Theile. Heidelberg 1835, Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 279 fgg., Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideikommissen. Abth. I. Tüb. 1854, Vering, Erbr. Kap. 21. S. 668 fgg., Tewes, Syst. II. §. 82 fgg. S. 218 fgg. Vgl. auch Löhr, Bruchstücke aus der Lehre von den Legaten und Fideikommissen; in sein. Magaz. IV. Nr. 6, Marezoll, zu der Lehre von den Vermächtnissen; in der Gießer Zeitschr. IX. Nr. 4. und 9.

Abschnitt I.

Allgemeine Grundsätze über Vermächtnisse.

I. Historische Einleitung. §. 519.

Gai. II. 191 sqq.; Ulp. XXIV. XXV; Paul. R. S. III. 6. IV. 1. — *Franc. Ramos del Manzano*, praelectt. ad Dig. de

legatis, pars prima (in Meerm. thes. VII. p. 270 sqq.), *Giphan.*, explanat. diffic. leg. Cod. ad l. 2. C. comm. de leg. et fideic. (p. 176 sqq.), *Martin*, lanx satura discriminum inter legator. fideicommissorumque species quasd. obtinent. Goett. 1787, v. Löhr a. a. O. S. 78 fgg., *van de Wynpersse*, diss. jurid. ad loc. jur. Rom., qui est de fideicommissis, sive de fideicommissor. Romanor. historia. Lugd. Bat. 1822, bes. cap. IV. p. 143 sqq., *Felsecker*, de exaequatione legator. et fideicommissor. Bamb. 1827. §. 6 sqq., Roßhirt a. a. O. S. 92 fgg., Marezoll a. a. O. S. 63 fgg., Mayer a. a. O. §. 1–10, Köppen, Syst. S. 74 fgg., Schirmer, Handb. I. §. 8. S. 106 fgg., Vgl. auch Lassalle, röm. Erbr. S. 171 fgg.

Justinian. l. 2. C. comm. de leg. et fideicomm.: Omne verbum, significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis, quale est *jubeo* forte, sive precariis utatur testator, quale est *rogo, volo, mando, fideicommitto,* sive juramentum interposuerit, quum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente: ἐνορκῶ, partibus autem hujusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. Sit igitur, secundum quod diximus, ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis, et omnia, quae naturaliter insunt legatis, et fideicommissis inhaerere intelligantur, et contra quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accomodetur, et sit omnibus perfectus eventus, et ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, et secundum ejus dirimatur naturam. Et nemo moriens putet legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adjutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur, et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum intelligatur. Nos enim non verbis sed ipsis rebus leges imponimus (531). — Vgl. §. 3. J. de legat.: Quum antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam

indulgentem, necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia; sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. — *Ulpianus* (?!) l. 1. de legat. I.: Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis. -- Ueber diese exaequatio legatorum et fideicommissorum (s. auch noch l. 1. C. comm. de legat. et fideic.) vgl. *Cuj.*, recitt. solenn. in Cod. VI. 43. (opp. IX. p. 847 sqq.), *Giphan.* l. c., *Galvan.*, de usufr. c. 14, v. Löhr a. a. O. S. 85 fgg., *Felsecker* cit. §. 27 sqq., Roßhirt a. a. O. S. 106 fgg., Marezoll a. a. O. S. 251 fgg., Mayer a. a. O. §. 7—9.

II. Von Errichtung der Vermächtnisse.

A) Von den Subjekten.

1) Vom Testator. (Vgl. oben §. 428). §. 520.

Ulp. l. 1. §. 1. de legat. III: Si filiusfamilias vel servus fideicommissum reliquerit, non valet; si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum videri, quasi nunc datum, quum mors ei contingit, videlicet si duraverit voluntas post manumissionem. Haec utique nemo credet in testamentis nos esse probaturos, quia nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet, sed si alias fideicommissum quis reliquerit. Vgl. auch l. 1. §. 5. eod.: Si quis plane in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, et indulgentia imperatoris restitutus iisdem codicillis durantibus decesserit, potest defendi, fideicommissum valere, si modo in eadem voluntate duravit. — (Erwägt man, daß Ulpian Alles auf die blose Fortdauer des Willens stellt, und daß, was er in der ersten Stelle von einem in einem Testamente hinterlassenen Fideikommiß sagt, jetzt, nachdem die Kodizille förmliche letztwillige Dispositionen geworden sind, auch ganz auf ein in einem Kodizill hinterlassenes Vermächtniß paßt: so muß die praktische Geltung der von Ulpian aufgestellten Sätze doch gewiß auf das s. g. Oralfideikommiß beschränkt werden, vgl. auch Roßhirt I. S. 237. Not. 1. und

bes. Fein, Forts. des Glück'schen Komm. XLIV. S. 41 fgg.; a. M. ist Mühlenbruch, Lehrb. §. 732).

2) Vom Onerirten. §. 521.

Donell., comm. VIII. c. 7—10, c. 29, Westphal Kap. 4, Roßhirt Bd. I. S. 237 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 6. de legat. III: Sciendum est autem, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum iis datur, vel dum iis non adimitur.

2) *Paul.* l. 6. §. 1. eod.: Sic autem fideicommissum dari non poterit: *Si Stichus Seji factus jussu ejus hereditatem adierit, rogo det*, quoniam, qui fortuito, non judicio testatoris consequitur hereditatem vel legatum, non debet onerari, nec recipiendum est, ut, cui nihil dederis, eum rogando obliges. Vgl. *Cujac.* in libr. IX. quaest. Papin. ad l. 11. de legat. I. (opp. IV. p. 220), recitt. solenn. in libr. XXX. Dig. ad leg. 11. (opp. VII. p. 978), *Merenda*, controv. jur. lib. 8. c. 3. (Als weiteres Beispiel für die hier aufgestellte Regel s. auch noch l. 103. pr. eod.).

3) §. 3. J. de singul. reb. per fideic. relictis (2, 24): Hoc solum observandum est, ne plus quisqam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit, nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cf. l. 1. §. 17, l. 17. §. 2. ad SC. Trebell. (36, 1). — Modifikationen hiervon in l. 70. §. 1. de legat. II, cf. l. 36. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 24. §. 12. de fideic. libert. (40, 5) und ferner in Nov. 1. c. 2. §. 2.

Anm. 1. Da bei einem Legate nach früherem Rechte nur der direkte testamentarische Erbe der Onerirte sein konnte, so durfte, wenn ein Sklave oder ein Hauskind zum Erben eingesetzt war, der Herr oder Vater desselben nicht mit einem Legate belastet werden, Ulp. XXIV. 21. (wo man gewiß mit *Schult.* ad h. l. so lesen muß: „Legatum *ab* eo tantum dari potest, qui *ex testamento heres* est; ideoque filiofamiliae herede instituto vel servo neque a patre neque a domino legari potest"; in dem Vatik. Mskr. fehlt nicht nur das *ab*, was denn die meisten Editoren bewogen hat, statt ab eo zu lesen *ei*, sondern statt der Worte ex testamento heres steht dort, jedoch von neuerer Hand, *extraneus;* für die Schulting'sche Konjektur spricht außer vielem Andern auch noch die ganz ähnliche Ausdrucksweise Ulpian's in l. 8. §. ult. de vulg. et pup. subst.). Bei Fideikommissen fiel dagegen jene Beschränkung in Betreff der Person des Onerirten weg, und so konnte denn namentlich auch der Herr

oder Vater eines eingesetzten Sklaven oder Hauskindes mit Auszahlung eines Fideikommisses wirksam belastet werden, Ulp. XXV. 10, und nach Gleichstellung der Legate und Fideikommisse ist das Letztre die allgemeine Regel für Vermächtnisse geworden. Eine interessante Erörterung dieses Falles finden wir von Papinian in der von älteren Juristen viel besprochenen, von Neueren dagegen fast völlig ignorirten l. 11. de legat. I:

> „Quum filiofamilias vel servo alieno legatum vel hereditas datur, fidei committi patris vel domini potest; ac tunc demum ex persona eorum fideicommissum vires capit, quum ipsis, per quos commodum hereditatis vel legati patri dominove quaeritur, fideicommissum relinquitur. Denique Julianus non insubtili ratione motus patrem, cujus filius heres institutus est, extero quidem habita ratione legis Falcidiae restituere hereditatem respondit, quoniam ex persona filii teneretur, ipsi vero filio non admissa Falcidia, quoniam ex persona sua sibi filius obligari non potest, ac pater non ut heres, sed ut pater rogari videretur. Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se pervenit ex legato vel hereditate filio relictis, restituere, isque vivo patre decedat, omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit“.

Der erste Theil der Stelle bis zu den Worten *Et ideo* etc. bietet keine besondere Schwierigkeit. Papinian lehrt da nämlich nach dem Vorgange Julian's, daß die beiden Fälle scharf geschieden werden müßten, ob der Vater das Fideikommiß an einen Fremden, oder an den zum Erben eingesetzten Sohn selbst herausgeben soll. Im erstren Falle haftet der Vater *ex persona filii*, also als Repräsentant des Sohnes, also, um so zu sagen, nicht selbstständig, sondern nur, weil vermöge Rechtssatzung die dem Sohne designirte Erbschaft auf ihn übergeht, und folglich auch gerade nur so, wie der Sohn selbst haften würde, wovon eine unmittelbare Folge die ist, daß der Vater dem Fideikommissar gegenüber in die Rolle eines Erben tritt, und demgemäß auch die Falzidische Quart abzuziehen befugt ist. Ganz anders, wenn der Vater beauftragt ist, an den Sohn selbst ein Fideikommiß zu entrichten; hier kann er unmöglich im Namen des Sohnes und als Stellvertreter desselben haften, weil der Sohn niemals an sich selbst etwas entrichten könnte, sondern der Testator hat sich hier den Vater offenbar als einen selbstständig Honorirten und Onerirten gedacht, wie er ja einen Jeden, dem er durch seinen letzten Willen unmittelbar oder mittelbar etwas zuwendet, selbstständig mit einem Fideikommiß belasten darf; so aufgefaßt kann aber der Vater dem Fideikommissar gegenüber nicht als onerirter Erbe angesehen werden — denn wahrer Erbe ist nur der eingesetzte Sohn, — und kann also auch auf die Rechte eines Erben, und namentlich auf das Recht, die Falzidische Quart abzuziehen, schlechthin keinen Anspruch machen. Vgl. auch *Cujac.* an den oben bei Text 2) angeführten Orten, *Cont.*, disputat. I. 1, *Donell.*, comm. jur. civ. lib. VIII. c. 10. (edid. Bucher Vol. IV. p. 382 sqq.), *Merenda*, controv. jur. lib. VII. c. 47. Soweit ist alles klar: der Vater, welcher durch seinen zum Erben eingesetzten Sohn eine Erbschaft erwirbt, und mit einem Fideikommiß

belastet ist, haftet dem Fideikommissar bald filii nomine, bald proprio nomine, und im erstren Falle kann er auch, da er dann *heredis* loco ist, die quarta Falcidia abziehen, welche bekanntlich nur ein onerirter Erbe, nicht aber auch ein andrer Onerirter abziehen darf; im zweiten Falle fällt dieser Abzug weg, eben weil er nicht qua heres, sondern qua pater onerirt ist. In den folgenden Worten: Et ideo etc. leitet aber Papinian daraus, daß das Fideikommiß, welches der Vater nach seinem Tode seinem Sohne restituiren soll, dem Vater als solchem, nicht als Erben aufgelegt ist („quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit"), die weitere Folge ab, daß dann, wenn der Sohn bei Lebzeiten seines Vaters versterbe, dieses Fideikommiß bei dem Vater verbleibe. Da Papinian dies als reine Konsequenz jenes Vordersatzes hinstellt, so ist der Schluß unvermeidlich, daß, wenn das Fideikommiß nicht ex persona patris, sondern ex persona filii vires accipit, d. i. wenn das Fideikommiß nicht dem Sohne, sondern einem extraneus hinterlassen wird, jene Folge nicht eintrete, und das Fideikommiß also, wenn der Fideikommissar vor dem Vater versterbe, nicht stets bei dem Vater zurückbleibe. Gerade dieser Schluß nun ist es, welcher Schwierigkeit macht, indem kein Grund ersichtlich ist, weßhalb in diesem letztren Falle das Fideikommiß, wenn der Honorirte vor dem Eintritt der Bedingung verstirbt, nicht bei dem Onerirten verbleiben soll, und indem man ferner nicht einsieht, an wen anders es denn kommen soll, wenn der Onerirte es nicht behalten darf. Ich übergehe die völlig ungenügenden Erklärungen des Accursius, Alciatus, Aemilius Ferretus, Donellus, Contius (welcher zwar einsah, daß jene Unterscheidung Papinian's mit den leges caducariae zusammenhing, aber den rechten Punkt nicht zu treffen wußte), und beschränke mich darauf, die unzweifelhaft richtige Interpretation von *Cujac.* an den oben angeff. Orten (vgl. auch obss. X. cap. 38) anzudeuten, eine Interpretation, welche auch durch unsre neuen Quellen noch wesentlich unterstützt wird. Sicher hängt nämlich die Unterscheidung, welche Papinian in der vorher angedeuteten Weise vorträgt, mit den zu seiner Zeit geltenden Grundsätzen über die caducorum vindicatio zusammen. Obwohl die Kaduzitätsbestimmungen der lex Julia et Papia Poppaea ursprünglich nur auf Erbeinsetzungen und Legate gingen, so wurden dieselben doch durch das SC. Pegasianum auch auf Fideikommisse in Anwendung gebracht, Gai. II. 286, aber hier mit einer eigenthümlichen Unterscheidung, je nachdem ein Erbe, oder ein andrer Honorirter der Onerirte ist. Wenn nämlich ein direkter Erbe der Onerirte ist, so soll es mit einem kaduken Fideikommiß ganz eben so gehalten werden, wie mit einem kaduken Legate, Gai. cit. („eaque translata sunt ad eos, qui testamento liberos habent, aut si nullos liberos habebunt, ad populum, sicuti juris est in legatis et in hereditatibus"): wenn aber ein andrer Honorirter als der Erbe mit dem Fideikommiß belastet ist, und das Fideikommiß wird kaduk, so soll dieser Onerirte jedem Anderen vorgehen, l. 60. de legat. II: („si a filio herede legatum sit Sejo fideique ejus commissum fuerit sub conditione ut Titio daret, et Titius pendente conditione decesserit, fideicommissum deficiens apud Sejum manet, non ad filium heredem pertinet, *quia in fideicommissis potiorem causam habere eum, cujus fides electa sit, Senatus voluit*"), vgl. auch l. 17. pr.

de leg. II, l. 38. §. 6. de leg. III, l. 10. §. 1. de his, quae ut indign. (34, 9). Hält man diese Unterscheidung fest, so erklären sich nun leicht die Schlußworte unsrer l. 11. Wenn nämlich der Vater, welcher durch seinen zum Erben eingesetzten Sohn eine Erbschaft erhalten hat, mit einem nach seinem Tode auszuzahlenden Fideikommisse onerirt ist, und der Fideikommissar stirbt noch bei seinen Lebzeiten, so kann es keinen Zweifel haben, daß dieses Fideikommiß zu Papinian's Zeit kaduk wurde, indem ja Kaduzität allgemein eintritt, wenn der Vermächtnißnehmer während schwebender Bedingung verstirbt. Um nun aber das Schicksal dieses kaduk gewordenen Fideikommisses zu bestimmen, war es nöthig, zu untersuchen, ob der Vater als Erbe, oder ob er in andrer Qualität onerirt war, denn während er im letztren Falle nach jener Bestimmung des Senats immer das Fideikommiß lukrirt, treten im erstren Falle die gewöhnlichen Grundsätze über caducorum vindicatio ein, in deren Folge er zwar das Fideikommiß möglicher Weise auch erwerben kann, aber keineswegs immer erwirbt. Da nun der Vater, wenn er seinem Sohn selbst das Fideikommiß restituiren soll, niemals als Erbe belastet sein kann, so mußte Papinian allerdings hier entscheiden: *omnimodo patrem id retenturum*, während diese Entscheidung nicht auch auf den andren Fall paßte, wenn der Vater einem extraneus das Fideikommiß prästiren sollte, indem er ja dann stets filii nomine haftete, und allerdings als Erbe onerirt war. So im Wesentlichen Cujacius; vgl. jetzt auch *Machelard* in der Revue hist. IV. p. 118. p. 561 suiv. Wenn Schulting ad Ulp. XXV. 10. not. 22. (jurispr. Antej. p. 661 sqq.) gegen diese Auslegung einwendet, daß sich die Endworte der l. 11. cit. deßhalb nicht durch die lex Julia et Pap. Popp. erklären ließen, „cum leges caducariae non obtinuerint in illis, quae deficiebant post apertas tabulas, ut illic factum est“, s. auch Schult. Notae ad Dig. ad h. l. in fine (tom. V. p. 190), so ist diese angebliche Beschränkung des Kaduzitätsbegriffs zwar schon öfter vorgebracht (vgl. z. B. die von Schult. ad Ulp. XXIV. §. 12. not. 32. Angeff.), und auch in unsren Tagen wieder vertheidigt worden (s. Schneider, das altzivile und Justin. Anwachs.-R. S. 99. 112 fgg.), aber nach meiner vollsten Ueberzeugung ohne Grund, was hier näher auszuführen freilich nicht der passende Ort ist, s. auch Huschke in Richter's Jahrb. 1838. S. 316, *Machelard* l. c. p. 334 suiv.

Daß auch noch nach Justinianischem Rechte der Vater, wenn sein Hauskind zum Erben eingesetzt ist, mit einem Vermächtnisse belastet werden kann, kann keinen Zweifel leiden, da ja der Vater den Nießbrauch jener Erbschaft dadurch erlangt. Nur versteht es sich, daß das ihm aufgelegte Vermächtniß den Werth jenes Nießbrauchs nicht übersteigen darf, und eben so ist es von selbst klar, daß jetzt der Vater niemals mehr als Erbe belastet werden, und also von einem Abzuge der Falzidischen Quart in solchem Falle keine Rede mehr sein kann.

Anm. 2. Auch der Pupillarsubstitut kann giltig mit Vermächtnissen belastet werden (vgl. Mühlenbruch, Komm. XL. S. 395 fgg., Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. VI. S. 370 fgg. VII. S. 54 fgg., Herrmann ebendas. VIII. S. 394 fgg., vgl. auch Fein, Forts. des Glück'schen Komm. XLIV. S. 311 fgg. und meine Abh. im ziv. Arch. XXXVI. S. 221 fgg.), wobei

jedoch von dem leitenden Grundsatze ausgegangen werden muß, daß der Pupillarsubstitut als **secundus heres** des Vaters selbst erscheint (s. oben §. 452. Anm.) und die ihm aufgelegten Vermächtnisse als Belastungen der eignen Erbschaft des Vaters aufgefaßt werden müssen („— — *legavit pater de suo*", l. 11. §. 5. ad leg. Falcid.), so wie wenn der Vater dieselben bedingungsweise in primis tabulis aufgelegt hätte, l. 11. §. 5, l. 79. ad leg. Falc., ein Grundsatz, der namentlich auch wichtig wird, wenn von solchen Vermächtnissen die quarta Falcidia abgezogen werden soll (vgl. unten §. 535), und aus welchem allein es sich auch erklärt, daß der Anfall solcher Legate nicht etwa am Todestage des Unmündigen, sondern vielmehr am Todestage des Vaters geschieht, also ganz so, wie wenn dieser einen Vulgarsubstituten mit Vermächtnissen belastet hätte, l. 1, l. 7. §. 4. 5. quando dies legat. (36, 2). und daß, wenn der Vater eine und dieselbe Sache in seinem Testamente dem Titius, in den secundis tabulis aber dem Gaius legirt hätte, „partes concursu fiunt" und also auch Anwachsungsrecht eintritt, l. 41. §. 6. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 34. §. 10. de legat. I. Dieser Grundsatz muß nun auch bei unsrer Frage, inwiefern überhaupt einem Pupillarsubstituten Vermächtnisse aufgelegt werden dürfen, festgehalten werden, und es ergeben sich daraus folgende Unterscheidungen:

1) Wenn der Vater den Pupillen zum Erben eingesetzt hat, so wird der Substitut wirksam onerirt, aber nicht auf mehr, als die väterliche Erbschaft (oder die dem Pupillen hinterlassene Quote der väterlichen Erbschaft) im Augenblicke des Todes des Erblassers nach Abzug der Falzidischen Quart reicht, l. 11. §. 5. 6. 7, l. 79. 80, l. 87. §. 7. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 1. §. 3. si cui plus quam per leg. Falcid. (35, 3), vgl. hierüber noch unten §. 535. Anm., wo auch die eben angeführten, theilweise schwierigen, Gesetze noch näher zu besprechen sind. Nach diesem Grundsatze kann es denn allerdings kommen, daß der Pupillarsubstitut nichts aus der väterlichen Erbschaft lukrirt, ja sogar noch ex propriis (oder aus der Pupillarerbschaft) Legatare befriedigen muß, wenn sich nämlich die väterliche Erbschaft von der Todeszeit des Vaters an bis zum Eintritt des Pupillarsubstituten wesentlich verringert haben sollte; aber diese Möglichkeit kann uns nimmer berechtigen, mit Mühlenbruch a. a. O. S. 397. den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß der Substitut, wenn der Pupill im väterlichen Testamente eingesetzt sei, die Vermächtnisse erfüllen müsse, „auch wenn keine Deckung dafür in dem väterlichen Nachlasse gefunden werden sollte". Dabei denkt sich nämlich Mühlenbruch, wie auch aus seiner weitren Darstellung hervorgeht, daß bei solchen Vermächtnissen der Bestand der väterlichen Erbschaft überhaupt nicht in Betracht komme, sondern der Substitut allgemein verpflichtet sei, die ihm aufgelegten Vermächtnisse auch aus dem Pupillar-Vermögen zu decken, eine Ansicht, die nur in einer irrigen Interpretation der l. 11. §. 5. ad leg. Falcid. ihren Grund hat (s. dagegen unten §. 535. Anm.). — Uebrigens bleibt unsre Regel, daß der Substitut eines instituirten impubes wirksam onerirt werden könne, auch für den Fall in voller Kraft, wenn der instituirte Pupill commisso per alium edicto eine bon. poss. contra tabulas patris agnoszirt, in welchem Falle denn auch, je nachdem der Erbtheil des Pupillen dadurch sich vergrößert oder vermindert, das onus in Betreff der Legate

steigt oder fällt, „perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset“, l. 34. §. 2, l. 35. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 126. pr. de legat. I, l. 103. §. 2. 3. de legat. III, l. 5. pr. §. 1. de legat. praest. contra tab. bon. poss. pet. (37, 5); v. d. Pfordten, Abhandl. aus dem Pandektenr. S. 98 fgg., Huschke a. a. O. VII. S. 58 fgg., meine Abh. a. a. O. S. 259 fgg.

2) Ganz eben so, und zwar natürlich auch mit derselben Beschränkung, wie in dem vorigen Falle, wird ein Pupillarsubstitut auch dann wirksam onerirt, wenn zwar das unmündige Kind exheredirt, der Substitut aber im väterlichen Testamente instituirt ist, l. 10. 11. §. 8. ad leg. Falc. (35, 2), cf. l. 94. pr. de legat. I.

3) Ist aber das unmündige Kind exheredirt, und auch der Pupillarsubstitut im väterlichen Testamente nicht bedacht, so sind die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse ungiltig, „ne plus juris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat“, l. 87. §. 7. fin. ad leg. Falcid., l. 126. pr. de legat. I, l. 103. pr. de legat. III, l. 41. §. 3. de test. mil. (29, 1), l. 24. C. de legat. (6, 37), und dies tritt auch dann ein, wenn doch zufällig die Erbschaft des Vaters an das unmündige Kind gekommen sein sollte, l. 103. pr. de legat. III. (wo gleich im Anfang statt *substituit* heredem extraneum nothwendig gelesen werden muß *instituit* her. extr., vgl. *Cujac.*, obss. II. 32, Mühlenbruch Bd. 40. S. 406. Not. 71, Huschke a. a. O. VI. S. 385), l. 87. §. 7. ad leg. Falcid. (Daß dann, wenn der Unmündige zwar exheredirt, aber einem Erben des Vaters substituirt ist, und in Folge dieser Substitution die väterliche Erbschaft erhält, nicht der hier angedeutete Grundsatz zur Anwendung kommt, sondern die vorher bei No. 1. aufgestellten Regeln Platz greifen, versteht sich von selbst, da ja doch hier das Kind wirklich in Folge väterlicher Erbeinsetzung zur Succession kommt, l. 87. §. 7. cit.). Ja selbst dann sind alle dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse ungiltig, wenn der Vater dem exheredirten Pupillen Vermächtnisse ausgesetzt hat, und so also doch ein Theil des väterlichen Vermögens durch den väterlichen Willen an ihn gekommen ist. Daß in solchem Falle ihm keine Legate giltig aufgelegt werden konnten, verstand sich freilich von selbst, da hierbei nur der direkte Erbe der Onerirte sein konnte, und davon allein reden auch l. 41. §. 3. de test. milit. (29, 1) und l. 87. §. 7. ad leg. Falcid., wie denn namentlich auch der in der letzten Stelle angegebene Grund nur für eigentliche Legate paßt („quod eo casu non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum pervenit“); daß aber die römischen Juristen auch die Statthaftigkeit eines Fideikommisses bezweifelt haben sollten, scheint mir sehr unwahrscheinlich, vgl. auch l. 41. §. 3. fin. de vulg. et pup. subst. (28, 6), obwohl dies freilich Justinian in l. 24. C. de legat. (6, 37) versichert; s. auch Huschke a. a. O. VI. S. 389 fgg. Es entscheidet aber der Kaiser in der l. 24. cit. dahin, daß in solchem Falle dem Substituten keinerlei Vermächtniß aufgelegt werden dürfe. —

Ganz die bisher von der Onerirung des Pupillarsubstituten aufgestellten Grundsätze gelten auch von den Intestaterben des impubes, l. 92. §. 2,

l. 93, l. 94. pr., l. 126. pr. de legat. I, und an der Konsequenz dieser Bestimmung ist nicht zu zweifeln, wenn man sich nur an den Ausspruch Ulpian's (T. 1) erinnert, daß nicht blos diejenigen onerirt werden können, quibus datur, sondern auch eben so diejenigen, quibus non adimitur.

Anm. 3. Wenn mehrere Erben mit einem Vermächtnisse belastet sind, so entsteht die Frage, ob dieselben nach Virilthelen oder nach Erbportionen verhaftet sind? eine Frage, deren Beantwortung wegen mehrerer widerstreitender Gesetze die größten Schwierigkeiten darbietet. Wenn nämlich auch im Allgemeinen die Regel aufgestellt werden kann, daß die Erben nach ihren Erbportionen verhaftet sind,

> *Modestin.* l. 33. pr. de legat. II: „Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet",

vgl. auch l. un. §. 8. C. de caduc. toll. (6, 51), so sind doch insbesondere die beiden Fälle problematisch, wenn der Erblasser nur Einige seiner Erben, nicht alle onerirt, und wenn er die Onerirten einzeln namentlich aufführt. Der erste dieser beiden Fälle wird nämlich in l. 54. §. 3. de legat. I. dahin entschieden, daß dann Viriltheile gemacht werden müßten:

> *Pompon.:* „Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes, hereditarias",

und eben so sollen auch im zweiten Falle Viriltheile gemacht werden nach der Entscheidung von Neratius in l. 124. eod.:

> Si heredes nominatim enumerati dari quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent".

Im Gegensatz hiervon entscheidet aber Paulus in der l. 17. de duob. reis constit. (45, 2):

> „Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros ajunt, quia hereditas eos obligat; idem est, quum omnes heredes nominantur".

Folgende verschiedene Ansichten über das Verhältniß dieser Stellen verdienen hervorgehoben zu werden:

1) Cujacius spricht sich am Ausführlichsten und Schärfsten in den recitt. solenn. ad Dig. XXXI. l. 33. (opp. VII. p. 1139 sqq.) über unsre Fragen aus. Zunächst sucht er nachzuweisen, daß Neratius und Paulus gar nicht im Widerstreit seien, denn während der Erstre von dem Fall rede, wenn alle Erben namentlich als Onerirte aufgeführt seien, entscheide Paulus nur den Fall, wenn blos Einige der Erben bei Namen genannt seien; und daß im ersten Fall die Last nach Köpfen, im zweiten aber nach den Erbportionen repartirt werde, sei auch völlig konsequent, da dort die namentliche Nebeneinanderstellung gar nicht wohl einen andren Sinn haben könne, als die mehreren Erben sich gleichzustellen, während hier die Namennennung nur den Zweck habe, die onerirten Erben im Gegensatz der nicht onerirten kenntlich zu machen („nec enim nominum

expressio hoc casu aequalitatem inducit, sed distinctionem personarum"). Wenn Paulus am Schlusse der l. 17. cit. sage: idem est, quum omnes heredes nominantur, so dürfe dieses nicht von dem Falle verstanden werden, wenn der Testator bei der Onerirung sämmtliche Erben einzeln bei Namen aufgeführt, sondern von dem andern, wenn er allgemein gesagt habe: alle meine Erben sollen geben. Allerdings aber, so fährt Cujacius fort, stehe die l. 17. in unauflöslichem Widerspruch mit l. 54. §. 3. cit., und man könne hier nur damit helfen, daß man in der letztren Stelle statt: **si *pars* heredum nominata sit** lese: **si *personae* heredum nominatae sint,** wonach denn ganz in Uebereinstimmung mit den beiden andren Gesetzen hier unterschieden werde, ob die einzelnen Erben benannt (**personae heredum nominantur**), oder ob der Testator im Allgemeinen alle seine Erben als Onerirte bezeichnet habe (**omnes heredes nominantur**). — Obwohl diese Konjektur sehr scharfsinnig ist, und dadurch auch unleugbar jeder Widerspruch der Gesetze beseitigt werden würde, so ist sie doch nicht nur schon an sich zu kühn, sondern dagegen spricht auch noch insbesondre der äußerst gezwungene Gegensatz zwischen **personae heredum** und **omnes heredes,** welcher dadurch in die l. 54. cit. gebracht werden würde.

2) ***Gordonius,*** **Praetermissa juris civilis cap. 5. (in Otton. thes. II. p. 844 sqq.)** erklärt das Verhältniß der l. 17. cit. und l. 124. cit. ganz ähnlich, wie Cujacius. Um aber die l. 54. §. 3. cit. mit diesen beiden Stellen in Einklang zu bringen, nimmt er an, daß da die Worte ***viriles*** und ***hereditarias*** versetzt seien, und man also so lesen müsse: **si pars heredum nominata sit in legando, *hereditarias* partes heredes debent, si vero omnes, *viriles,*** eine Aushilfe, welche ich für viel vorzüglicher halte, als die Konjektur des Cujacius. Erwägt man, daß man bei dem ersten Anblick offenbar das Umgekehrte weit eher erwarten sollte, so erklärt sich die in den Handschriften vorkommende Versetzung leicht.

3) ***Jensius,*** **Stricturae p. 218 sqq.** glaubt ebenfalls nicht, daß die römischen Juristen verschiedener Ansicht gewesen seien, aber er hält die Meinung des Pomponius in l. 54. cit. für die allgemein gebilligte, und will die l. 17. cit. durch die Annahme beseitigen, daß hier wohl dem Paulus etwas Menschliches begegnet, und ihm Statt **virilibus partibus** in der Eile **hereditariis partibus** in die Feder gekommen sei. Gerade also bei Entscheidung der Frage, ob Viril- oder Erbportionen den Maaßstab der Onerirung bilden sollten, soll Paulus so konfus gewesen sein, gerade das Umgekehrte von dem zu sagen, was er sagen wollte! Und doch fügt ***Jensius*** naiv genug hinzu: **Solis nasutis licet esse tam beatis, ut non ita labantur!**

4) Auch ***Scipio Gentilis,*** **de jure accresc. (in opp. I. p. 181 sqq.)** hält die Entscheidung von Pomponius in l. 54. cit. für maaßgebend, und sucht damit den Ausspruch von Paulus in l. 17. cit. durch Interpretation in Einklang zu bringen. Hierbei geht er davon aus, daß Paulus in der l. 17. cit. einen Fall vor Augen habe, in welchem der Erblasser einige oder alle Erben alternativ onerirt, und also durch seine Disposition eine passive Korreal-Obligation begründet habe, und die Entscheidung von Paulus: **„pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros"** faßt er dann so auf: in einem

solchen Falle müsse zwar jeder einzelne Erbe für das ganze Legat haften, aber nicht über den Bestand seiner Erbportion hinaus. — Abgesehen von der augenscheinlichen Willkürlichkeit der Voraussetzung, daß hier eine alternative Onerirung vorliege, wovon in der Stelle selbst auch nicht die leiseste Andeutung vorkommt, und welche auch gewiß nicht durch die blose Stellung in dem Titel de duobus reis gerechtfertigt wird, muß ich es auch sehr bezweifeln, daß die hier angenommene Bedeutung der Worte: pro hereditariis partibus grammatisch möglich ist, und überdies wäre auch kaum einzusehen, wie Paulus dazu hätte kommen sollen, für einen völlig unzweifelhaften Satz eine Reihe von Auktoritäten anzuführen.

5) In ganz andrer Weise will Dabis in Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 406 fgg. (welchem auch Rudorff in Puchta's Lehrb. §. 524. not. b. beistimmt), die l. 17. cit. beseitigen. Er geht von dem Gedanken aus, daß manche römische Juristen die mehreren mit einem Vermächtniß belasteten Erben als Korrealschuldner angesehen hätten, wie namentlich Afrikan in l. 15. de jure codicill. (29, 7) und Papinian in l. 9. pr. de duob. reis (45, 2); gegen diese Meinung nun erkläre sich Paulus in l. 17. cit., deren Sinn demnach nur der sei, daß die einzelnen Onerirten blos *pro rata*, aber nicht *in solidum* hafteten; durch das: pro partibus hereditariis solle also nicht der Gegensatz zu partes viriles ausgedrückt, sondern nur die solidarische Haftung negirt werden, und da sich hiernach Paulus über den Theilungs-Maaßstab gar nicht ausspreche, so sei zwischen ihm und Pomponius gar kein Widerspruch vorhanden. — Die ganze Grundlage dieser neuen Auslegung beruht auf einem offenbaren Irrthum, indem auch keine Spur in unsren Quellen vorkommt, daß jemals ein römischer Jurist eine Korreal-Obligation der Onerirten angenommen habe, denn in l. 9. cit. wird augenscheinlich eine spezielle, gerade auf Begründung einer Korreal-Obligation gerichtete Disposition des Erblassers vorausgesetzt (s. den Schluß dieser Anm.), und die l. 15. cit., welche in unmittelbarer Verbindung mit der vorausgehenden l. 14. eod. aufgefaßt werden muß, wie schon das *sed* im Anfang der Stelle genügend andeutet, stellt keine allgemeine Regel auf, sondern entscheidet einen ganz speziellen, am Ende der l. 14. cit. von Scävola behandelten Fall, und verliert durch diese Auffassung allen und jeden Bezug auf eine angebliche Korreal-Obligation der Onerirten. Hiernach dürfen wir schwerlich annehmen, daß sich Paulus in l. 17. cit. die sehr überflüssige Mühe gegeben haben sollte, unter Anführung vieler Auktoritäten eine Meinung zu bekämpfen, die von Niemanden in Schutz genommen war, und wir dürfen dies um so weniger annehmen, da sich Paulus dann jedenfalls höchst stümperhaft ausgedrückt hätte; er hätte sich nämlich, um die blose Negation einer solidarischen Haftung zu bezeichnen, eines Ausdrucks bedient, der für jeden Unbefangenen zugleich die positive Angabe eines Theilungsmaaßstabes enthält („pro hereditariis partibus"), und zwar eines Theilungsmaaßstabes, welcher von Paulus selbst als ein irriger angesehen worden wäre!

6) Auch Gerstlacher, zur Lehre v. d. Rechtsverh. zwischen mehreren mit einem Legate belasteten Erben und dem Legatar. Heidelb. 1853, macht den Versuch, die l. 17. cit. durch Interpretation mit l. 54. cit. in Uebereinstimmung

zu bringen. Er geht dabei eben so, wie Gentilis, von der Voraussetzung aus, daß man bei l. 17. cit. eine Disposition unterstellen müsse, in welcher der Erblasser mehrere Erben alternativ mit einem legatum per damnationem belastet habe („Titius aut Maevius Sempronio X dato"). Die rechtliche Beurtheilung einer solchen Disposition sei an sich problematisch, und sehr wahrscheinlich auch unter den römischen Juristen bestritten gewesen; man habe nämlich eine solche Verfügung mit gutem Grunde wegen ihrer Unbestimmtheit als eine nichtige ansehen können, weil sich aus ihr nicht entnehmen lasse, wem das Wahlrecht zustehen solle, oder man habe, wie in andren Fällen auch, *aut* für *et* nehmen, und so die mehreren Onerirten als gleichmäßig belastet ansehen können, oder man habe endlich auch eine rechtsbeständige Korreal-Obligation mit dem Wahlrecht des Legatars statuiren können, und dieses Letztre sei es, wofür sich Paulus in l. 17. cit. entscheide, deren Sinn demnach nur der sei: die einzelnen Onerirten hätten das ganze Legat auf ihre Erbschaftstheile zu nehmen. — M. E. ist auch durch diesen neuesten Versuch der Widerspruch der Gesetze nicht als gelös't anzusehen. Sehen wir auch davon ab, daß Gerstlacher eben so, wie Gentilis, der Paulinischen Entscheidung einen Fall unterlegt, der nicht entfernt in der Stelle selbst angedeutet wird, und daß die Schwierigkeiten, die er bei der rechtlichen Beurtheilung einer alternativen Onerirung findet, m. E. ganz unbegründet, und schwerlich jemals einem römischen Juristen in den Sinn gekommen sind: so hätte doch wahrlich Paulus für den Gedanken, welchen ihm Gerstlacher unterlegt, kaum einen unpassenderen und dunkleren Ausdruck wählen können, und besonders springt dies in's Auge, wenn man damit die einfache und entsprechende Art vergleicht, wie gerade Paulus in l. 25. pr. de legat. III. und Pomponius in l. 8. §. 1. de legat. I. jenen Gedanken ausdrücken. Wenn Gerstlacher überdies die angebliche Paulinische Entscheidung in l. 17. cit. dadurch rechtfertigen will, daß mehrere Onerirte schon an sich zwar nicht correaliter, wie Dabis wolle, aber doch solidarisch verpflichtet seien, und deßhalb Paulus mit Recht dem Legatar, als dem Gläubiger, das Wahlrecht einräume: so beruht dies auf einem ähnlichen Mißverständniß der l. 15. de jure codic., wie uns dasselbe auch in den Ausführungen von Dabis entgegentritt; denn dieses Gesetz kann, wenn man es nicht aus seinem Zusammenhang mit l. 14. eod. herausreißt, eben so wenig für eine solidarische, wie für eine Korreal-Verbindlichkeit der Onerirten angeführt werden.

7) Brinz, Pand. S. 914 fgg. sucht die widerstreitenden Stellen dadurch zu vereinigen, daß er die l. 17. cit. von einem Vindikations-, die l. 54. und l. 124. citt. von einem Damnations-Legat versteht, und in Folge davon auch für das Justinianische Recht das Dogma aufstellt: bei dinglicher Onerirung (legat. speciei testatoris propriae) seien die Erben immer nach Verhältniß ihrer Erbtheile onerirt (l. 17. cit.), bei persönlicher Obligirung seien sie dann als nach Viriltheilen belastet anzusehen, wenn sie namentlich aufgeführt, oder wenn nicht Alle onerirt seien (l. 54, l. 124 citt.). Ich kann auch diesen neuesten Versuch nicht für gelungen halten. Einen befriedigenden innern Grund für eine solche verschiedene Behandlung des Vindik.- und des Damnations-Legats vermag ich nicht einzusehen; die ganze Frage hing offenbar davon ab, was man als den

präsumtiven Willen des Erblassers anzusehen habe, und dabei konnte doch wohl kaum zwischen Eigenthums- und Forderungs-Vermächtniß unterschieden werden. Die Hauptsache aber ist, daß Paulus in der l. 17. cit. auch nicht die leiseste Hindeutung auf ein Vindikations-Legat macht, sondern im Gegentheil solche Ausdrücke gebraucht, die viel eher, ja fast mit Nothwendigkeit, auf ein Damnations-Legat hinweisen („eos legatum *debituros*", „quia hereditas eos *obligat*"; die Gegenbemerkungen von Brinz, S. 909 fg. genügen dem scharfsinnigen Verfasser sicherlich selbst nicht); und dies fällt um so mehr in's Gewicht, da ja nach Brinz hier eine Eigenheit des Vindik.-Legats entwickelt werden sollte, und also eine unzweideutige Hervorhebung dieser Qualität dringend geboten war. Mit Recht haben daher auch Unger, östr. Erbr. §. 55. Not. 6. und Arndts, Lehrb. 5. Aufl. §. 543. Anm. diesen Vereinigungs-Versuch „unbefriedigend" gefunden.

8) Die bei Weitem meisten älteren und neueren Juristen nehmen dagegen an, daß die römischen Juristen selbst verschiedener Meinung gewesen seien, und zwar denkt man dabei nicht selten an einen Sektenstreit (vgl. z. B. *Merill.*, obss. lib. 4. c. 40, Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 238 fgg.), der sogar von Merillius a. a. O. auf die allgemeinere Idee zurückgeführt wird, daß überhaupt die Sabinianer die geometrische, die Prokulejaner aber die arithmetische Proportion vorgezogen hätten, vgl. auch *Mascov.*, de Sectis Sabin. et Proc. c. 6. Unter diesen Voraussetzungen macht man natürlich keinen Versuch, die widerstreitenden Stellen durch Kritik oder Interpretation zu vereinigen, sondern man zieht dann meistens die Entscheidung des Paulus in der l. 17. cit. den übrigen Quellenaussprüchen vor, weil Paulus der jüngste unter den hier in Frage stehenden Juristen und seine Meinung nicht nur innerlich konsequent, sondern auch durch eine Reihe äußerer Auktoritäten (Atilicinus, Sabinus, Cassius) unterstützt sei, so daß sich in der Aufnahme dieser so imponirend auftretenden Stelle ohne Zweifel der wahre Wille Justinian's ausspreche, vgl. z. B. *Püttmann*, Probab. lib. II. c. 3, *Conradi*, Reprehens. jur. civ. p. 201 sqq., v. Wening, Lehrb. Buch V. §. 48, Göschen, Vorles. §. 1008. (Bd. III. Abth. 2. S. 570), Keller, Pand. §. 557. u. A. m. Freilich vertheidigen auch Andre die gerade umgekehrte Meinung, indem sie praktisch von der Entscheidung des Paulus ganz absehen, und blos die Stellen von Pomponius und Neratius berücksichtigen, z. B. *Donell.*, comm. jur. civ. lib. VIII. c. 19. §. 4. bei Bucher tom. V. p. 101. (der sogar die abweichende Meinung des Paulus nicht einmal anführt), Mühlenbruch, Lehrb. §. 733. Not. 18, Puchta §. 524. not. b, Arndts a. a. O. S. 286, Sintenis III. §. 209. Not. 12, Holzschuher II. §. 188. 1. a, Schmidt, Methode der Auslegung S. 92. u. A. Wieder Andre stellen die, sicherlich ganz verwerfliche, Ansicht auf, daß Paulus in l. 17. cit. und Neratius in l. 124. cit. zwei extreme Meinungen, Pomponius aber in l. 54. cit. gleichsam eine mittlere Meinung vertheidigt hätten, welcher letztern, als der vermittelnden, man denn auch folgen müsse, vgl. z. B. *Ant. Faber*, conjectur. lib. XI. c. 19. fin., Mejer in Schweppe's Hdb. V. §. 884. a. E. —

Meine Ueberzeugung ist, daß wir nach dem Zustande unsrer Quellen auf eine wirklich befriedigende Lösung der hier angedeuteten Schwierigkeiten verzichten

müssen, indem bei jeder Meinung Zweifel zurückbleiben, die ganz zu beseitigen nicht gelingen will. Soviel versteht sich zunächst von selbst, daß in jedem konkreten Falle, wo unsre Frage zur Sprache kommt, es zunächst auf die Beantwortung der quaestio facti ankommt, was der Testator in dieser Beziehung wirklich gewollt habe? denn natürlich gibt der in irgend einer Art erkennbar gewordene Wille des Erblassers unbedingt den Ausschlag. Unsere Rechtsfrage tritt also immer erst dann ein, wenn jene nothwendige Voruntersuchung ohne Resultat geblieben ist, und für diesen Fall glaube ich nun:

1) daß dann, wenn alle Erben onerirt sind, die Gesetze sich gar nicht widersprechen. Man kann hier mit *Cujac.* cit. drei mögliche Fälle unterscheiden. Es kann sein, daß der Erblasser seine Erben ganz allgemein, ohne namentliche Aufführung derselben, belastet hat, und hier leidet es auch nicht den leisesten Zweifel, daß die Größe der verschiedenen Erbportionen den Maaßstab der Belastung abgibt, indem dies in allen hier einschlagenden Gesetzen einstimmig anerkannt wird. Der zweite Fall ist, wenn der Testator umgekehrt die sämmtlichen Erben gerade nur einzeln bei Namen aufgeführt hat. Diesen Fall entscheidet Neratius in l. 124. cit. mit voller Bestimmtheit dahin, daß dann Virilportionen gemacht werden müßten, und gegen diese klare und überdies durch mehrfache Analogieen unterstützte (s. unten) und überhaupt sehr verständige Entscheidung kann nichts angeführt werden, als der unbestimmte Ausspruch des Paulus in l. 17. cit.: idem est, quum omnes heredes nominantur. Daß diese Worte möglicher Weise auch von dem Falle verstanden werden können, wenn sämmtliche Erben ohne namentliche Aufführung onerirt sind, läßt sich nicht bezweifeln, wenn ich auch gern zugebe, daß mit Rücksicht auf den vorhergehenden Passus des Gesetzes eine andre Auslegung näher liegt. Sicher genügt aber jene Möglichkeit, wenn eine solche Auslegung das einzige Mittel ist, einen solchen Widerspruch der Gesetze zu beseitigen. — Der dritte Fall ist endlich der, wenn der Erblasser Namen und Erbenqualität vereint angibt, und hier muß in jedem einzelnen Falle untersucht werden, welche dieser beiden Bezeichnungsarten als die eigentlich prinzipale, und welche als die blos demonstrative anzusehen ist, eine Untersuchung, für welche die vorausgehende oder nachfolgende Stellung des Einen oder Andren von Bedeutung werden kann, so daß, wenn der Erblasser sagt: heredes mei Primus et Secundus danto, die Erbenqualität als das prinzipale hervortritt, und demgemäß die Erbportionen den Maaßstab abgeben, während, wenn die Disposition lautet: Primus et Secundus heredes mei danto das Umgekehrte anzunehmen sein wird. Dieser letztre Fall wird zwar meines Wissens nirgends in unsren Gesetzen speziell entschieden, aber wir dürfen hier unbedenklich uns auf die gesetzliche Entscheidung eines andren Falles berufen, welche überhaupt unsre bisherige Ausführung wesentlich unterstützen wird. Wenn nämlich ein gemeinschaftlicher Sklave für seine mehreren Herrn eine Stipulation abschließt, und es sich nun fragt, ob die Berechtigung derselben aus dieser Stipulation nach Viriltheilen oder nach ihren Eigenthums-Antheilen an dem Sklaven zu bemessen sei, so entscheidet Pomponius in l. 37. de stipulat. servor. (45, 3) so:

„Si communis servus ita stipularetur: *L. Titio et C. Sejo dari spondes?* qui sunt domini illius, pro virilibus partibus iis ex

stipulatione debetur; si vero ita: *dominis meis dare spondes?* pro parte, qua domini essent: si vero ita: *Lucio Titio et Cajo Sejo, dominis meis, dare spondes?* dubitaretur, utrumne viriles partes, an pro dominica portione iis deberetur. Et interesset, quid cujus demonstrandi gratia esset adjectum, et quae pars ejus stipulationis principalem causam haberet; sed quum ad nomina prius decursum est, rationabilius esse videtur, pro virili parte stipulationem iis acquiri, quod dominorum vocabula pro demonstratione habeantur".

Für unsre bisherige Ausführung, und namentlich dafür, daß, wenn die Namen sämmtlicher Erben einzeln aufgeführt sind, Virilthеile angenommen werden müssen, sprechen aber auch noch andere Analogieen, und so gehört namentlich hierher l. 8. §. 1. de statu liberis (40, 6). Wenn nämlich ein Sklave unter der Bedingung freigelassen ist, wenn er den Erben etwas geben würde, so entscheidet dort Pomponius mit Berufung auf Labeo so: „si nomina duntaxat heredum in testamento posita sint, viriles partes iis dandas, si vero ita: *si heredibus dedit*, hereditarias". Außerdem gehört auch noch hierher der Ausspruch Papinian's in l. 24. ad SC. Trebell. (36, 1), vgl. mit l. 23. eod., wonach der Fall, wenn ein Erbe seinen Miterben seine Erbportion restituiren soll, so entschieden wird, daß zwar in der Regel diese Miterben nach Verhältniß ihrer Erbportion an dem Fideikommiß partizipiren, dies aber dann nicht anzunehmen sei, „si non sub appellatione heredum, sed propriis nominibus expressis fideicommissum relinquatur".

2) Viel zweifelhafter ist die Entscheidung des zweiten Hauptfalls, wenn der Erblasser nur Einige seiner Erben onerirt hat, indem hier Paulus und Pomponius sich so entschieden widersprechen, daß durch Interpretation unmöglich geholfen werden kann. Will man nun nicht die Textveränderung annehmen, welche Gordon l. c. vorschlägt, so bleibt kaum etwas übrig, als beide Stellen, so weit sie sich widerstreiten, für nicht vorhanden anzusehen und unabhängig davon unsere Frage zu beurtheilen; denn gerade in unsrem Falle möchte sich schwerlich ein sicheres Kriterium auffinden lassen, aus welchem entnommen werden könnte, welche dieser Stellen den wahren Willen des Gesetzgebers ausspreche. Hätten wir aber keines dieser beiden Fragmente, so würde unser Fall meines Erachtens unbedenklich nach der Ansicht des Paulus entschieden werden müssen, so daß also die Belastung nach Erbtheilen hier anzunehmen sein würde. Daß es überhaupt das Natürlichste ist, den Maaßstab der Honorirung auch für die Onerirung entscheiden zu lassen, bedarf keiner Ausführung, und die namentliche Aufführung der einzelnen Onerirten kann nach der sehr richtigen Bemerkung von Cujacius keinen Schluß auf einen anderweiten Willen des Testators begründen, weil dieselbe absolut nöthig ist, um die belasteten Erben von den nicht belasteten zu unterscheiden, was sich augenscheinlich in dem andern Falle, wenn alle Erben onerirt werden sollen, und nun einzeln aufgeführt werden, ganz anders verhält. Dazu kommt nun überdies, daß es an Analogieen für unsre Entscheidung nicht fehlt, und namentlich gehört hierher die Entscheidung des Paulus in l. 22. de statu liber. (40, 7) vgl. mit l. 8. §. 1. eod., denn nach der ersten Stelle soll ein Sklave, welcher unter der Bedingung freigelassen

ist, daß er einigen, namentlich aufgeführten, Erben Etwas geben werde, diese Leistung an die genannten Erben nach Verhältniß ihrer Erbportionen abtragen, vgl. auch l. 12. eod., während nach l. 8. §. 1. cit. dann, wenn sämmtliche Erben bei Namen genannt sind, dieselben Kopftheile in Anspruch nehmen können. Zwar könnte man auch umgekehrt für die Entscheidung des Pomponius in l. 54. cit. eine Analogie in l. 67. §. 1. de legat. I. finden wollen („Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent“), aber dies wäre jedenfalls unpassend, da überhaupt kein Grund vorliegt, die Größe eines, einem Erben hinterlassenen Legats nach der Größe der Erbportion zu bestimmen, indem Erbeinsetzung und Legat zwei von einander unabhängige Honorirungen sind, deren jede ihren eigenen Regeln folgt. — Uebrigens darf es nach Justinianischem Rechte nicht bezweifelt werden, daß die besonders benannten Onerirten doch immer das ganze Legat prästiren müssen, so daß also z. B. wenn A auf $\frac{1}{6}$, B. auf $\frac{1}{3}$ und C. auf $\frac{1}{2}$ zu Erben eingesetzt und A. und B. beauftragt sind, dem Titius 600 als Legat zu zahlen, der A. nicht etwa nur $\frac{1}{6}$ (= 100) und der B. $\frac{1}{3}$ (= 200) zu zahlen hat, sondern der Erstre muß 200, der Andre aber 400 an Titius geben; vgl. auch l. 17. cit.: *totum* eos legatum debituros. Zwar könnte man hiergegen die l. 81. §. 4. de legat. I. anführen:

> *Julian.* „Si libertus patronum ex septunce heredem scripserit, alios ex ceteris, et ita legaverit: *quisquis mihi alius ex suprascriptis cum patrono meo heres erit, servos illum et illum Titio lego* — — —, intelligendum erit, a coherede patroni duntaxat legatum datum, et ideo Titium non amplius quincunce in servis vindicare posse“,

indem da deutlich ausgesprochen ist, daß, da hier nur die auf $\frac{5}{12}$ eingesetzten Miterben des Patrons onerirt seien, der Legatar auch nur $\frac{5}{12}$ der legirten Sklaven in Anspruch nehmen könne, so daß also die Onerirten nicht das ganze Legat zu prästiren brauchten. Aber schon Cujacius hat bemerkt, daß dieß eine Eigenheit des alten legatum per vindicationem war, die übrigens konsequent aus dem Begriffe desselben hervorging, eine Eigenheit, die namentlich bei dem legatum per damnationem nicht vorkam: l. 86. §. 1. de legat. I, l. 66. §. 5. de legat. II, und von der begreiflich h. z. T. überhaupt nicht mehr die Rede sein kann, *Cujac.* ad Dig. Salv. Juliani lib. XXXII. ad h. l. (opp. VI. p. 211 sqq.) und recitt. solenn. ad lib. XXX. Dig. ad h. l. (opp. VII. 1058). —

Die ganze bisher behandelte Frage, ob, wenn mehrere Erben onerirt sind, dieselben nach Virilltheilen oder nach ihren Erbportionen verhaftet sind, bezieht sich übrigens natürlich nicht auf den Fall, wenn die mehreren Onerirten solidarisch verpflichtet sind. Dies kann in zwei Fällen vorkommen, nämlich theils, wenn der Gegenstand des Legats untheilbar ist, l. 11. §. 23. 24. de legat. III, l. ult. de servit. leg. (33, 3), theils, wenn der Erblasser Mehreren alternativ das Vermächtniß aufgelegt hat („L. Titius heres meus *aut* Maevius heres meus decem Sejo dato“), l. 8. §. 1. de legat. I, l. 25. de legat. III. Wenn in l. 9. pr. fin. de duob. reis constit. (45, 2) dasselbe auch dann

angenommen scheint, wenn der Erblasser sagte: Titius *et* Maevius Sempronio decem dato, so ist dies schwer zu glauben, man müßte denn durch den gebrauchten Singularis *dato* die Wirkung des *et* für aufgehoben halten, vgl. *A. Faber*, conject. lib. 11. c. 19, Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. IV. S. 406. 412. Da aber doch eine solche Disposition gewiß eher so auszulegen sein würde, daß Jeder der beiden Erben dem Legatar das Ganze geben müsse, so daß dieser das Doppelte erhielte, so muß man sicher mit Cujacius in der l. 9. cit. statt Tit. *et* Maev. lesen Tit. *aut* Maev., vgl. *Cujac.*, ad quaest. Papin. lib. XXVII. ad h. l. (opp. IV. p. 681), s. auch Ribbentropp, zur Lehre von der Correaloblig. §. 18, Gerstlacher a. a. O. S. 26 fgg. —

3) Vom Honorirten.

a) Im Allgemeinen. (Vgl. oben §. 429). §. 522.

1) *Ulp.* l. 11. §. 20. de legat. III: Plerumque evenit, multorum interesse id, quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse honorem habitum, et est haec sententia Marcelli verissima. — §. 22. Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit, ut puta si fidei heredis committatur, ut ipse publicum [i. e. vectigal, l. 1. §. 1. de publican.] pro Titio praestet, fideicommissum hoc vel legatum non publicanus petit, licet ei sit adscriptum, sed ipse petere poterit, pro quo legatum relictum est. Multum autem interesse arbitror, cui volet prospectum, cujusque contemplatione testator fecerit, plerumque autem intelligendum est, privati causa hoc fecisse, licet emolumentum publicano quaeratur. — Cf. l. 8. fin. de usufr. ear. rer. (7, 5), l. 69. §. 2. de legat. I, l. 3. §. 4. 5. de liberat. leg. (34, 3).

2) *Idem* l. 8. si quis omissa causa testam. (29, 4): Si quis sub conditione dandorum decem vel qua alia, quae in dando vel faciendo fuit, heres institutus omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, videndum est, an huic, in cujus persona conditio collata est, subveniri debeat, et magis est, ne subveniatur, *neque enim legatarius est.* Eine analoge Entscheidung s. in l. 19. §. 1, l. 24. §. 1. quando dies legator. (36, 2), und nicht widerstreitet die l. 2. C. de his quae sub modo (6, 45): *Gordian.* Ex his verbis: Titio X millia vel insulam relinquo, ita ut V millia ex iis, vel eandem insulam Maevio restituat, licet antea neque legati neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate hoc a D. Severo admissum est.

Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex hujusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in conditionibus post exitum earum. Vgl. *Cujac.*, obss. lib. XIV. c. 25, ad Cod. VI. 45. (opp. IX. p. 857).

3) *Justinian.* l. un. §. 11. C. de caduc. toll. (6, 51): Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc conjunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. — — Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat, et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei aestimationem accipere desiderent, quum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente susceperit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans. Nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei, singulis in solidum, praestetur. Cf. l. 33. de legat. I. – *Averanii*, interpret. IV. 19.

b) Insbesondre.

aa) Vom Prälegat. §. 523.

Nieto, de praelegatis, in *Meerm.* thes. tom. VII. p. 643 sqq., *Hert*, de praelegatis, in Ejusd. opusc. tom. III. nr. 15, *Pfeiffer*, de praelegatis. Marb. 1798, v. Nettelbladt, systemat. Entwicklung der Lehre von Prälegaten, Rost. 1802 (zum größten Theile nur Uebersetzung der Pfeiffer'schen Dissert., mit Hinzufügung mehrfacher Irrthümer und Mißverständnisse, vgl. auch Pfeiffer, verm. Aufsätze S. 372 fgg.), *v. d. Pfordten*, de praelegatis. Erl. 1832, Roßhirt, Vermächtn. I. S. 250 fgg., Ders. in sein. Zeitschr. V. S. 268 fgg., Claussen in der Schlesw. Holstein. jur. Zeitschr. Jahrg. 1845. Heft 1. S. 144 fgg., v. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten. Jena 1850, meine Abh. im ziv. Arch. XXXV. S. 260 fgg., vgl. auch Arndts, Rechtslex. VI. S. 288 fgg.,

Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 210, Vering, Erbr. S. 682 fgg., Tewes II. §. 84. — Vgl. auch *Degenkolb*, de legato, quod fiebat per praeceptionem. Berol. 1855, Czyhlarz, über das legat. per praeceptionem; in der Oestr. Vierteljahrs-Schr. Bd. III. S. 115 fgg.

Anm. Wenn einem Erben auch noch ein Vermächtniß hinterlassen ist, so ist dies dann, wenn der Testator bestimmte andre Onerirte ernannt hat, ein ganz gewöhnliches Vermächtniß, welches nur die Besonderheit darbietet, daß zu dessen Realisirung auch die *actio familiae herciscundae* benutzt werden kann, Roßhirt, Verm. I. S. 253. Not., Buchholtz in Sell's Jahrbb. III. S. 262, Präleg. S. 147 fg.; vgl. l. 17. §. 2. de leg. I., l. 4. pr. fam. herc. (10, 2). Hat aber in solchem Falle der Erblasser keinen speziellen Onerirten angeordnet, oder hat er ausdrücklich alle Erben belastet (vgl. z. B. l. 104. §. 3. de legat I.), so entsteht der technische Begriff des Prälegats, welches mehrfache Eigenheiten hat, und darum einer besondren Darstellung bedürftig ist. Mit den alten Legatsformen hing übrigens die Theorie der Prälegate niemals zusammen, und es würde ganz irrig sein, wenn man die dabei vorkommenden Eigenheiten etwa mit der früheren Form *per praeceptionem* in Verbindung bringen wollte. Dieselben beruhen vielmehr auf materiellen Gründen, die auch ganz eben so eingriffen, wenn *per vindicationem* oder *per damnationem* legirt, l. 1. §. 6. quod legator. (43, 3), ja selbst dann, wenn ein Fideikommiß dem Erben hinterlassen war, l. 34. §. 1. de legat. II. (cf. Cujac. in libr. XXXI. Dig. ad h. l. in opp. VII. p. 1144, in libr. X. resp. Modest. ad h. l. opp. VI. p. 671), l. 40, l. 95. de legat. III, *v. d. Pfordten* cit. §. 2. 8, Buchholtz S. 244 fgg. Da nämlich, wenn keine bestimmten Onerirten vom Erblasser angeordnet sind, stets sämmtliche Erben nach Maaßgabe ihrer Erbportion zu den Legaten beitragen müssen, so versteht es sich von selbst, daß bei einem Prälegate auch der Prälegatar an sich selbst nach Verhältniß seiner Erbportion kontribuiren müßte, und da dies nun begreiflicher Weise nicht angeht, so muß der Theil des Prälegats, den der Erbe von sich selbst zu fordern hätte, als ungiltig ausfallen (*„heredi a semet ipso inutiliter legatur"*), l. 18. de legat. I, l. 34. §. 11. eod, l. 34. §. 1. de leg. II, l. 18. §. 2. de his quae ut indign. (34, 9), (*„heredi a semet ipso legatum dari non potest"*), l. 116. §. 1. de legat. I; vgl. auch *Gai.* II. 245, *Ulp.* XXIV. 22, Vat. fr. §. 88. Zwar glaubt Claussen in der angef. Abh., daß dieses ein ganz „irrationales Dogma" sei, welches zwar allerdings von den römischen Juristen an die Spitze gestellt, aber in der Anwendung von ihnen glücklicher Weise stets außer Acht gelassen sei, so daß in Wirklichkeit das Zusammentreffen von Onerirtem und Honorirtem in einer Person ohne allen ersichtlichen Einfluß bleibe, und das Prälegat sich praktisch in gar nichts von den sonstigen Legaten unterscheide. Aber diese neue Ansicht beruht in ihrer Begründung und in ihren Resultaten auf offenbaren Irrthümern und Mißverständnissen, und steht im schneidensten Widerspruche mit sämmtlichen Quellenzeugnissen über die Prälegate, wie die folgenden Ausführungen zur Genüge darthun; vgl. auch Buchholtz S. 200 fgg. und

meine angef. Abh. S. 269 fgg. Vielmehr erscheint jenes in der Natur der Sache vollkommen begründete Dogma als höchst folgenreich, und ist die Quelle sehr wesentlicher Verschiedenheiten zwischen Prälegaten und andren Vermächtnissen, worüber im Einzelnen folgende Hauptpunkte hervorzuheben sind:

I. Wenn der Prälegatar die Erbschaft erwirbt, so müssen die beiden Fälle unterschieden werden, ob er noch Kollegatare hat, oder nicht.

A. Wenn der Prälegatar keine Kollegatare hat, so gilt die natürliche Regel, daß der Theil des Prälegats, welcher ungiltig ist, bei dem Onerirten verbleibt, und da der Prälegatar selbst der Onerirte ist, so behält er also auch diesen Theil des Prälegats, aber nicht als Legatar **titulo singulari**, sondern als Erbe ***titulo universali***, **l. 18. §. 2. de his quae ut indign. (34, 9), l. 40. pr. de legat. III, l. 74. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 1. §. 6. quod legator. (43, 3), cf. l. 76. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2)**; meine angef. Abh. S. 274 fgg. Daß aber hiernach der Prälegatar das prälegirte Objekt nur zum Theil als Legatar (nämlich soweit die Miterben die Onerirten sind), zum andren Theile aber als Erbe inne hat (nämlich soweit er selbst der Onerirte ist), bringt die wichtigsten Folgen hervor, von denen die bedeutenderen hier aufgeführt werden sollen:

1) Der Erbe muß sich den Theil des Prälegats, den er sich selbst auszahlen müßte, in die Falzidische und Trebellianische Quart einrechnen, während er den andren Theil **„supra quartam habet“, l. 74. 86. 91. ad leg. Falcid., l. 24. C. fam. herc.** (vgl. unten §. 536).

2) Wenn einem Prälegatar die Restituirung seiner Erbportion auferlegt ist, so ist darunter auch der Theil des Prälegats begriffen, den er sich selbst auszahlen müßte, ***Ulp.*** **l. 18. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1): „Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit, portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; *ceterum quod a semet ipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, et id D. Marcus decrevit*“.** Wie hiermit der Ausspruch Julian's in **l. 86. ad leg. Falcid.**, wo für einen solchen Fall umgekehrt die Regel aufgestellt wird: **„Titium *legata integra retinere debere*“**, in Einklang zu bringen sei, vgl. auch **l. 24. C. fam. herc.**, ist außerordentlich bestritten, und auch noch in unsren Tagen sind darüber sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden, vgl. z. B. ***Pfeiffer*** **cit. §. 22. (p. 40 sqq.)**, Nettelbladt a. a. O. S. 45 fgg., ***v. d. Pfordten*** **l. c. p. 47 sqq.**, Roßhirt S. 284 fgg., Claussen a. a. O. S. 183 fgg., Buchholtz S. 477 fgg. vgl. mit S. 512 fgg., Reuner, **her. inst. ex re certa** S. 433 fgg. Die m. E. allein richtige, aber von den neuern Juristen entweder ganz ignorirte oder verkannte Ansicht, ist schon in der Glosse und von Cujacius angedeutet worden. Nachdem nämlich Julian in der **l. 86. cit.** gelehrt hat, daß der Prälegatar **legata integra** retiniren dürfe, fährt er so fort: aber er müsse den Theil des Prälegats, den er sich selbst auszahlen müsse (was in dem dort entschiedenen Falle bald $\frac{1}{12}$, bald $\frac{1}{4}$ ist) sich in die Quart imputiren. Offenbar ist aber diese Einrechnung in die Quart nichts als ein andrer Ausdruck für die Restitutions-Verbindlichkeit, denn nur dasjenige braucht sich der Fiduziar in die Quart einzurechnen, was er eigentlich (abgesehen von der **lex Falcidia** oder dem **SC. Pegasianum**) restituiren müßte, und in dem Satze Julian's, daß der Fiduziar

diesen Theil des Prälegats sich einrechnen müsse, liegt also **implicite** der andre, daß, wenn von Abzug der Quart aus irgend einem Grunde keine Rede ist, eine wirkliche Restitution jenes Prälegatentheils Platz greifen müsse. M. a. W. Ulpian und Julian sind in dem Grundgedanken völlig einverstanden, daß dann, wenn einem Erben aufgelegt sei, seine Erbportion an einen Andren zu restituiren, zu diesem Fideikommiß auch derjenige Theil des Prälegats gehöre, den der Fiduziar von sich selbst beziehen müßte, und der ihm also **titulo universali** zufällt; und nur eine andre Ausdrucksform für denselben Gedanken ist es, wenn Ulpian sagt: *„in fideicommissum cadit"*, und wenn Julian davon redet: *„in partem quartam imputari oportere"*. Vgl. *Cujac.* **in libr. XL. Dig. Juliani ad l. 86. cit. (opp. VI. p. 278), in Cod. libr. VI. tit. 42. (opp. IX. p. 841 sqq.).** — Hätte dagegen die Auflage an den Prälegatar allgemeiner gelautet, er solle seine Portion (nicht: seine Erbportion), oder: er solle Alles, was aus der Erbschaft an ihn gekommen sei, restituiren, dann fällt natürlich das ganze Prälegat in das Fideikommiß, **l. 3. §. 4. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 16. C. de fideic. (6, 42)**, was begreiflich auch dann eintritt, wenn der Erblasser erklärt hat, er solle das Prälegat an einen Andren herausgeben, **l. 38. §. 8, l. 39. §. 2, l. 93. §. 5. de legat. III, l. 31. §. 1. de adim. (34, 4).** Vgl. ***Merenda,*** **controv. jur. c. lib. IV. c. 43—45.** und Buchholtz a. a. O. S. 460 fgg.

3) Auch in Betreff der Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung ist unser Grundsatz nicht ohne Einfluß, obwohl die Meinung, welche von manchen Neueren in dieser Beziehung vertheidigt wird, gewiß nicht gebilligt werden kann. Man lehrt nämlich nicht selten so: in Betreff des Theils, welchen der Prälegatar von den übrigen Miterben erhält, hat derselbe keinen Anspruch auf Eviktionsleistung, weil überhaupt ein Onerirter wegen Eviktion des legirten Objekts nicht verpflichtet wird, **l. 40. 59. de evict. (21, 2)**; in Betreff des Theils aber, welcher dem Prälegatar **jure hereditario** zufällt, findet allerdings ein solcher Anspruch Statt, weil sich ja Miterben unter einander zur Eviktionsleistung verpflichtet sind, **l. 66. §. 3. de evict. (21, 2), l. 14. C. fam. herc. (3, 36), l. 7. C. comm. utr. (3, 38)**; vgl. ***Pfeiffer*** §. 26, ***v. d. Pfordten*** §. 17, Roßhirt a. a. O. S. 284. Hierbei liegt aber offenbar ein Mißverständniß zu Grunde, indem der an sich sehr wahre Satz, daß Miterben unter einander wegen Eviktion verhaftet sind, sich augenscheinlich nur auf den Fall bezieht, wenn bei einer Erbvertheilung Einem der Erben eine Sache zugewiesen wird, welche nachher evinzirt wird, vgl. die angeff. Gesetze; wie aber der Theil eines Prälegats, welchen der Erbe **titulo hereditario** hat, mit einer Sache identifizirt oder auch nur verglichen werden könne, welche einem Erben bei einer Erbvertheilung zugefallen ist, läßt sich in der That nicht wohl einsehen! Das Wahre ist vielmehr, daß dann, wenn eine prälegirte Spezies evinzirt wird, gerade für den Theil des Prälegats, mit welchem der Prälegatar selbst onerirt ist, unter keiner Voraussetzung ein Anspruch auf Eviktionsleistung begründet sein kann, ganz eben so, wie wenn gar kein Prälegat hinterlassen wäre; und nur für die übrigen Theile, mit welchen die Miterben belastet sind, kann möglicher Weise von einer Eviktionsleistung die Rede sein. In Betreff dieser Theile nämlich, auf welche der Prälegatar einen Legaten=Anspruch hat, treten im Wesentlichen die allgemeinen Grundsätze über

legata rei alienae ein (§. 548), und es muß also unterschieden werden, ob der Erblasser die prälegirte res aliena für seine eigne gehalten, oder ob er gewußt hat, daß es eine fremde Sache war; während in letztrem Falle — gegen welchen aber immer die Vermuthung streitet — die Miterben allerdings die aestimatio zu leisten haben, sind dieselben im erstren Falle zu nichts verpflichtet, l. 77. §. 8. de legat. II:

> *Papinian.* „Evictis praediis, quae pater, *qui se dominum esse crediderit*, verbis fideicommissi filio reliquit, *nulla cum fratribus et coheredibus actio erit*",

und zwar ist dies in Gemäßheit des Papinianischen Ausspruchs selbst dann der Fall, wenn einem Kinde oder einer sonstigen persona conjuncta das Prälegat hinterlassen ist, eine Eigenheit, wodurch sich allerdings das Prälegat einer fremden Sache von einem gewöhnlichen legatum rei alienae einiger Maaßen unterscheidet, vgl. Buchholtz S. 361, Reuner, her. inst. ex re certa S. 256. — Diese Regeln erleiden aber in dem besondren Falle eine Modifikation, wenn der Erblasser eine divisio bonorum vorgenommen, wenn er also sämmtlichen Erben in der Weise Prälegate hinterlassen hat, daß dadurch sein ganzes Vermögen erschöpft wird. Wird nämlich in solchem Falle dem einen Erben die ihm vom Erblasser zugewiesene Sache evinzirt, so braucht derselbe seinen Erbtheil nur dann an die übrigen Miterben herauszugeben, wenn auch diese bereit sind, ihm den Werth der evinzirten Sache zu ersetzen, wie dies Papinian in unmittelbarem Anschluß an den vorher mitgetheilten Passus der l. 77. §. 8. cit. ausspricht:

> „Si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservare",

vgl. auch l. 33. fam. herc. (10, 2). Papinian selbst führt diese Entscheidung auf eine conjectura voluntatis zurück, und zwar gründet sich dieselbe offenbar darauf, weil hier der Erblasser sich die verschiedenen Zuwendungen in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse gedacht hat, so daß hier in dieser Beziehung ein ähnlicher Fall vorliegt, wie wenn ein Erbe, *praecepta certa re*, seinen ganzen Erbtheil als Universal-Fideikommiß restituiren muß, denn auch hier hat, ähnlich wie in dem Falle der l. 77. cit., und auch aus ganz ähnlichen Gründen, der Erbe stets einen Anspruch auf den Werth der res praecipienda, wenn dieselbe evinzirt werden sollte, l. 1. §. 16, l. 72. ad SC. Trebell. (36, 1). Vgl. überhaupt Claussen a. a. O. S. 178 fgg., Buchholtz S. 360 fgg., Reuner a. a. O. S. 255 fgg.

B. Wenn der Prälegatar Kollegatare hat (worunter aber natürlich nur collegatarii *conjuncti*, also solche zu verstehen sind, in deren Person nach allgemeinen Grundsätzen Anwachsungsrecht begründet ist), so kann begreiflich nicht davon die Rede sein, daß der ungiltig hinterlassene Theil des Prälegats bei dem Onerirten verbleibe, sondern die allgemeinen Regeln (vgl. §. 8. J. de legat. 2, 20) bringen es mit sich, daß derselbe vielmehr jenen Kollegataren anwächst, wodurch dann nothwendig eine sehr ungleiche Vertheilung des prälegirten Objekts herbeigeführt wird. Da dies mit unausweislicher Konsequenz aus dem gesetzlich anerkannten Prinzip: heredi a semet ipso inutiliter legatur

hervorgeht, und überdies in einer Reihe spezieller Gesetze (l. 34. §. 11. 12, l. 116. §. 1. de legat. I) in der unzweideutigsten Weise anerkannt ist: so ist dieses Anwachsungsrecht, obwohl es zu scheinbar auffallenden Resultaten führt, von jeher einstimmig von unsren Juristen anerkannt worden, und nur über die Detailgestaltung desselben wurden einige Kontroversen verhandelt. Die beiden neuesten Bearbeiter der Lehre von den Prälegaten, Claussen und Buchholtz, sind aber jetzt als entschiedene Gegner desselben aufgetreten; Claussen nämlich a. a. O. S. 186 fgg. verwirft dasselbe vollständig, indem er vielmehr die durchgreifende Regel aufstellt, daß auch ein Prälegat ganz eben so, wie ein andres Vermächtniß, immer nach Virilttheilen unter die mehreren Kollegatare vertheilt werden müsse, und auch Buchholtz S. 198 fgg. S. 370 fgg. S. 426 fgg. erkennt die gleichheitliche Vertheilung des Prälegats als Regel an, und weicht nur insofern von Claussen ab, daß er doch in zwei speziellen Fällen ein Anwachsungsrecht zulassen will, nämlich wenn gerade zwei Personen zur Erbschaft und demselben Prälegat berufen seien, und wenn ein Erbe mit einem oder mehreren Nichterben bei demselben Prälegate konkurrire. Beide Angriffe sind aber m. E. so völlig grundlos, vgl. meine angef. Abh. im civ. Arch., daß dieselben voraussichtlich keinerlei Einfluß auf die herrschende Lehre gewinnen werden, und man wird gewiß auch in Zukunft eben so allgemein, wie bis jetzt das Anwachsungsrecht bei Prälegaten als die wohlbegründete Regel des römischen Rechts anerkennen. — Zu schärferer Einsicht sind aber folgende einzelnen Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn einem Erben und einem oder mehreren Nichterben ein Prälegat hinterlassen ist, so stellt sich das Verhältniß einfach so, daß der Theil des Prälegats, welchen der Prälegatar sich selbst auszahlen müßte, nach Kopftheilen den übrigen Kollegataren zuwächst, l. 34. §. 11. de legat. I:

> „Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus est, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, *ideoque, quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit*",

während dagegen der Theil des Prälegats, welchen die Miterben auszuzahlen haben, natürlich allen Kollegataren gleichmäßig zu Gute kommt. Wenn also z. B. der Erblasser den Primus und Secundus zu gleichen Theilen instituirt, und dem Primus und dem Cajus zusammen ein Grundstück prälegirt hat, so fällt zunächst die Hälfte des Legats, welche Secundus an die beiden Legatare zu prästiren hat, auf Beide nach gleichen Theilen. Die andre Hälfte des Legats hat der Primus zu leisten, und zwar müßte er $\frac{1}{4}$ an sich, und $\frac{1}{4}$ an den Cajus geben; das $\frac{1}{4}$ aber, was er an sich zu geben hätte, hat in seiner Person keinen Rechtsbestand, und wächst also dem Cajus zu, so daß also Primus von dem prälegirten fundus nur $\frac{1}{4}$ erhält, während an Cajus $\frac{3}{4}$ fallen. Wäre außer dem Primus und dem Cajus noch ein dritter Kollegatar, so würde Primus nur $\frac{1}{6}$, Jeder der beiden Kollegatare aber $\frac{5}{12}$ erhalten, und dies ist der Fall, welchen Florentin in l. 116. §. 1. de legat. I. entscheidet:

> „Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a [te] coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis: ad heredem, cui legatus est,

sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt".

2) Wenn mehreren Miterben *conjunctim* ein Prälegat hinterlassen ist, so muß begreiflicher Weise ein wechselseitiges Anwachsungsrecht Platz greifen, in Folge dessen es dahin kommt, daß je größer die Erbportion des Prälegatars ist, um so kleiner sein Antheil an dem Prälegate wird, und umgekehrt. Hierbei können aber folgende Fälle vorkommen:

a) Es sind gerade nur zwei Erben zu verschiedenen Quoten eingesetzt, und diesen Beiden ist ein Prälegat hinterlassen. Da hier Jeder der beiden Erben eine gerade eben so große Quote zu dem Legate kontribuiren muß, wie seine Erbportion beträgt, und da ferner Alles, was er kontribuiren muß, seinem Miterben zufällt (zur Hälfte von vornherein, zur andren Hälfte vermöge Anwachsungsrecht), so entsteht mit zivilistischer Nothwendigkeit das Resultat, daß in Betreff des Prälegats unter den Miterben das direkt umgekehrte Verhältniß eintritt, wie in Betreff der Erbeinsetzung. Hat also der Erblasser den Primus zu $\frac{1}{12}$, den Secundus zu $\frac{11}{12}$ zu Erben eingesetzt, und Beiden ein Grundstück prälegirt, so bekommt Primus von diesem Grundstücke $\frac{11}{12}$, der Secundus aber nur $\frac{1}{12}$. Es muß nämlich Primus, da er Erbe zu $\frac{1}{12}$ ist, auch $\frac{1}{12}$ zu dem Legate beitragen, wovon die eine Hälfte auf den Secundus fällt, die andere Hälfte auf ihn selbst fallen müßte, aber, weil dies nicht angeht, ebenfalls dem Secundus zuwächst, so daß dieser nun das ganze $\frac{1}{12}$ hat. Umgekehrt muß Secundus zum Legate beitragen $\frac{11}{12}$, und zwar die eine Hälfte davon ($\frac{11}{24}$) von vornherein an den Primus; die andern $\frac{11}{24}$ würden eigentlich an ihn selbst gelangen, aber, da dies nicht statthaft ist, so kommen sie durch Anwachsung ebenfalls an den Primus, der also nun $\frac{11}{12}$ des Prälegats erlangt. Gerade so entscheidet denn auch Ulpian unsren Fall in l. 34. §. 12. de legat. I:

> **„Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum; coheredem unciam".**

Wenn die Griechen sich in dieses Verhältniß nicht finden konnten, und vielmehr dem auf $\frac{11}{12}$ eingesetzten Erben auch $\frac{11}{12}$ des Prälegats zuweisen, Basil. XLIV. 1. 14. (tom. V. p. 755 sqq.), so kann man sich darüber kaum wundern, da auch noch neuere Juristen dies einen wunderlichen Satz nennen, worauf der gemeine Verstand gewiß nicht gefaßt sei u. dgl. m. (vgl. z. B. Braun's Erörtr. S. 690 fgg.). Etwas arg aber ist es, wenn man wegen dieses offenbaren Mißverständnisses der Basiliken die völlig gesunde Lesart der Florent. hat ändern und so lesen wollen: „— — unciarum heredem undecim, undecim — —", vgl. *Leunclav.*, Not. II. 67. (in Otton. thes. III. p. 1519), *Leonin.*, Emendat. I. 15. 5.

b) Es sind mehr als zwei Erben eingesetzt, und Allen ist ein Prälegat hinterlassen. Hier ist soviel gewiß, daß eben so wie in dem vorigen Falle das, was in der Person des einen Prälegatars ungiltig ist, den andren zuwächst; denn wenn Buchholtz S. 382 fgg. unter Berufung auf l. 104. §. 5. de legat. I.

und l. 34. §. 1. **de usu et usufr. leg.** (33, 2) in diesem Falle die gegenseitige Anwachsung leugnet, und vielmehr eine Vertheilung nach Köpfen annimmt, so ist dies ganz unzulässig, da augenscheinlich in beiden Stellen Fälle behandelt werden, in welchen die Voraussetzungen des Anwachsungsrechts gar nicht begründet waren; denn in der erstren Stelle wird ein Damnations-Legat, in der zweiten ein Fideikommiß vorausgesetzt, und bei beiden Vermächtnißarten gab es gar keine wahren collegatarii conjuncti, weil die **damnatio semper partes facit**; vgl. meine angef. Abh. S. 298 fgg. Wenn man nun hiernach unzweifelhaft auch dann, wenn ein Prälegat mehr als zwei Erben hinterlassen ist, eine wechselseitige Anwachsung anerkennen muß — vorausgesetzt natürlich, daß die mehreren Erben auch wirklich collegatarii conjuncti sind —, so entsteht hierbei noch die weitere Frage, nach welchem Maaßstabe die Anwachsung vor sich gehe? Ein spezielles Gesetz hierfür gibt es nicht, und eben so habe ich in den bisherigen Bearbeitungen dieser Lehre vergeblich nach einer Erörterung dieser Frage gesucht. Daß nicht die Erbportion der Prälegatare den Maaßstab abgeben könne, versteht sich freilich von selbst: aber eben so glaube ich auch nicht, daß die Anwachsung nach Virilportionen geschehen darf (wie namentlich Roßhirt S. 275 fgg. als sich von selbst verstehend voraussetzt), denn die Legatenantheile der mehreren Prälegatare sind ja in der Wirklichkeit nicht gleich groß, und doch geschieht bekanntlich die Anwachsung nach der Größe der Legatsportion, l. 41. pr. **de legat. II.**; sondern das einzig Richtige scheint mir das zu sein, daß man zunächst die wirkliche (rechtsbeständige) Größe der einzelnen Legaten-Antheile ermittelt, indem man bei jedem einzelnen Prälegatar dasjenige abrechnet, was er sich selbst hätte auszahlen müssen, und daß man dann die so gefundenen Quoten als Maaßstab bei der Anwachsung annimmt. Gesetzt also A. ist auf $\frac{1}{2}$, B. und C. Jeder auf $\frac{1}{4}$, eingesetzt, und allen Dreien ist ein Grundstück prälegirt, so muß nach dieser Ansicht vor allen Dingen die wirkliche Größe der drei ursprünglichen Legaten-Antheile aufgesucht werden. Da nun A. zu dem ihm an und für sich gebührenden $\frac{1}{3}$ selbst die Hälfte beitragen müßte, diese aber ungiltig ist, so bleibt als sein eigentlicher Legaten-Antheil $\frac{1}{6} = \frac{2}{12}$. Der Legaten-Antheil des B. und eben so des C. beträgt aber $\frac{3}{12}$, da Jeder zu seinem $\frac{1}{3}$ ein Viertheil kontribuiren müßte, und dieses als ungiltig hinwegfällt. Das $\frac{1}{6}$, was dem A. verloren geht, fällt aber durch Anwachsung an den B. und C., und zwar, da Beider Legaten-Antheil gleich groß ist (nämlich $\frac{3}{12}$), zu gleichen Theilen, so daß also Jeder von ihnen $\frac{1}{12}$ ($= \frac{5}{60}$) bekommt. Das $\frac{1}{12}$ aber, was dem B. verloren geht, fällt nun zwar auch an den A. und den C., aber nicht nach gleichen Theilen, sondern so, daß A. zwei, C. aber drei Theile davon erhält, indem dieses das Verhältniß ihrer Legatentheile ist: hiernach bekommt also A. $\frac{2}{60}$, C. aber $\frac{3}{60}$. Eben so verhält es sich endlich mit dem $\frac{1}{12}$, was dem C. abgeht, so daß davon A. wieder $\frac{2}{60}$, B. aber $\frac{3}{60}$ zufallen. Im Ganzen bekommt also:

$$\text{A.} = \frac{10}{60} + \frac{2}{60} + \frac{2}{60} = \frac{14}{60},$$
$$\text{B.} = \frac{15}{60} + \frac{5}{60} + \frac{3}{60} = \frac{23}{60},$$
$$\text{C.} = \frac{15}{60} + \frac{5}{60} + \frac{3}{60} = \frac{23}{60}.$$

Wollte man dagegen den wegfallenden Legatentheil nach Köpfen unter die Kollegatare anwachsen lassen, so daß also A. von dem wegfallenden Theil des B.

eben so viel bekäme, wie der C., und von dem ausfallenden Theile des C. so viel, wie der B., so würde folgendes Resultat entstehen:

$$A. = \tfrac{4}{24} + \tfrac{1}{24} + \tfrac{1}{24} = \tfrac{6}{24} = \tfrac{1}{4},$$
$$B. = \tfrac{6}{24} + \tfrac{2}{24} + \tfrac{1}{24} = \tfrac{9}{24} = \tfrac{3}{8},$$
$$C. = \tfrac{6}{24} + \tfrac{2}{24} + \tfrac{1}{24} = \tfrac{9}{24} = \tfrac{3}{8}.$$

Die hier vertheidigte Berechnungsweise, welcher Buchholtz S. 434. Not. 100. eventuell beistimmt, ist zwar lebhaft von Roßhirt in sein. Zeitschr. V. S. 270 fgg., bekämpft worden, aber dabei liegen offenbare Mißverständnisse zu Grunde; vgl. meine angef. Abh. S. 311 fgg.

c) Es sind mehr als zwei Erben eingesetzt, und Einigen von ihnen, nicht Allen, ist ein Prälegat hinterlassen. Für diesen Fall ist es eine auch noch unter neueren Juristen ziemlich verbreitete Ansicht, daß hier stets die mehreren Prälegatare Virilportionen bekämen, so daß also, wenn z. B. in unsrem vorigen Falle nur dem A. und B., nicht auch dem dritten Erben C. das Grundstück prälegirt worden wäre, Jeder von Beiden die Hälfte desselben bekommen würde, vgl. z. B. *Hofacker* princ. §. 1480, v. Wening Buch V. §. 170. Not. 10, und bes. Buchholtz a. a. O. S. 372 fgg. Ich halte diese Ansicht für schlechthin irrig, und glaube vielmehr, daß auch in diesem Falle ganz die bisher dargestellten Prinzipien zur Anwendung kommen, wonach in dem vorgelegten Beispiele A. nur $\tfrac{2}{5}$, B. aber $\tfrac{3}{5}$ des prälegirten Grundstücks erhält. Daß sich für die abweichende Meinung keine zutreffenden innern Gründe anführen lassen, ist wohl unleugbar, und sie könnte also nur durch spezielle gesetzliche Sanktion unterstützt werden. Dies ist aber so wenig der Fall, daß vielmehr das Gegentheil gesetzlich gebilligt ist. Man führt nämlich für jene Ansicht insbesondre die l. 71. §. 1. de leg. I, die l. 2. pr. de instructo (33, 7) und die l. 78. §. 13. ad SC. Trebell. (36, 1) an. Was aber die zuletzt genannte Stelle, die l. 78. §. 13. cit. anbelangt, so erklärt sich die hier angenommene gleichheitliche Vertheilung des Prälegats ganz von selbst, weil auch die Erbportionen der drei Prälegatare in dem hier entschiedenen Falle gleich groß waren, und es versteht sich also von selbst, daß daraus kein Argument für die gegnerische Theorie entnommen werden kann; vielmehr geht bei genauerer Betrachtung gerade aus dieser Stelle mit Evidenz hervor, daß auch dann, wenn mehr als zwei Erben ein gemeinsames Prälegat hinterlassen ist, die wechselseitige Anwachsung Statt findet, indem hier Scävola annimmt, daß Jeder der drei Prälegatare sein Drittheil *jure legati* erhalte, was nur unter Voraussetzung wechselseitiger Anwachsung möglich ist; vgl. meine angef. Abh. S. 293 fgg. — Eben so unbeweisend ist die l. 2. pr. de instr. leg.: „Quum pater, pluribus filiis heredibus scriptis, duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit“. Auf dieses Gesetz können sich nämlich die Gegner offenbar nur berufen, wenn sie die Worte: *pro partibus coheredum* ganz ignoriren; nimmt man dagegen auf dieselben die gebührende Rücksicht, so ist hier nur das mit unsrer Ansicht völlig harmonirende Resultat ausgesprochen, daß der Theil des Prälegats, welchen die andren Erben, die nicht auch Prälegatare sind, auszuzahlen haben, allerdings nach Virilportionen unter die Prälegatare vertheilt wird, während dagegen natürlich der andre Theil,

den jeder Prälegatar an sich selbst auszubezahlen hätte, ganz der Regel gemäß dem andern Prälegatar anwächst. So hat in unsrem obigen Beispiele der Miterbe C., da er auf ¼ zum Erben eingesetzt ist, auch ¼ zu dem Prälegate zu kontribuiren, und dieses fällt nach Kopftheilen auf die beiden Prälegatare A. und B., so daß Jeder von ihnen ⅛ erhält. Die Hälfte aber, welche A. zu dem Prälegate kontribuiren muß, fällt ganz auf den B., der also nun überhaupt ⅛ + ½ = ⅝ hat, und das Viertheil, was B. zu prästiren hat, fällt ganz auf den A., welcher also nun ⅛ + ¼ = ⅜ erhält. Die neue Auslegung der l. 2. cit., welche jetzt Buchholtz S. 378 fgg. vertheidigt, und welche darauf hinausläuft, daß hier nicht das ganze großmütterliche Vermögen, sondern nur diejenigen Theile desselben, welche sich in den Erbportionen der andren Miterben fänden, Gegenstand des Prälegats seien, ist gewiß unzulässig; denn danach wären gerade nur diese übrigen Miterben die einzigen Onerirten, während doch die Worte: pro partibus coheredum deutlich genug darauf hinweisen, daß außer diesen auch noch andre Onerirte vorausgesetzt werden. Wäre aber auch wirklich diese Auslegung begründet, so würde dennoch die l. 2. cit. nichts für die Gegner beweisen, da ja dann in derselben gar nicht von einem eigentlichen Prälegate, wobei Onerirter und Honorirter in einer Person zusammentreffen, die Rede wäre; vgl. auch meine angef. Abh. S. 296 fgg. — Am Scheinbarsten ist noch die Berufung der Gegner auf l. 67. §. 1. de legat. I:

> *Gai.* „Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed *pro virili id legatum habere debent*",

aber auch dieser Schein dürfte bei genauerer Betrachtung vollständig verschwinden. Offenbar nämlich dachte hier Gaius auch nicht im Entferntesten daran, den Einfluß des Dogma: heredi a semet ipso inutiliter legatur auf Prälegate besprechen zu wollen, sondern er beabsichtigte lediglich, den falschen Gedanken zurückzuweisen, daß ein mehreren Erben hinterlassenes Vermächtniß, — sei dies nun ein eigentliches Prälegat, oder nicht — sich pro portionibus hereditariis unter dieselben vertheile. Wollte er sich nun nicht mit der blosen Negation dieses Irrthums begnügen, sondern zugleich positiv das Richtige angeben, so konnte er mit Fug und Recht sagen: daß vielmehr in diesem Falle eben so, wie bei einem Vermächtniß an mehrere Nichterben, Virilttheile angenommen werden müßten, denn dieses ist absolut wahr in allen Fällen des uneigentlichen Prälegats, und auch in den Fällen des eigentlichen Prälegats ist es wenigstens relativ wahr, indem auch hier das Legat nach Viriltheilen den Kollegataren angeboten wird, obwohl diese ursprüngliche Gleichheit der Antheile im Erfolg wegen theilweiser Ungiltigkeit des Vermächtnisses wesentlich alterirt werden kann. An ein Negiren der wechselseitigen Anwachsung denkt hiernach Gaius augenscheinlich nicht, wie dies auch schon aus dem, hierzu schlechthin nicht passenden Gegensatze: *non pro hereditaria portione* mit Evidenz hervorgeht; vgl. auch meine angef. Abh. S. 307 fgg. Eine andre, m. E. unbefriedigende Erklärung deutet Keller, Pand. §. 559. Anm. 3. an.

3) Wenn endlich mehreren Erben und außerdem noch einem oder einigen *extraneis* ein Legat hinterlassen ist, so treten ebenfalls ganz die bisher aufgestellten Prinzipien ein. Setzen wir also z. B. der Testator

hat drei Erben, A., B. und C. zu gleichen Theilen instituirt, und außerdem dem A., dem B. und dem extraneus X. ein Legat hinterlassen, so ist vor allen Dingen die Größe der wirklich rechtsbeständigen Legaten-Antheile zu bestimmen, wonach auf A. und B., auf Jeden $\frac{2}{9}$, auf den X. aber das ganze ursprüngliche $\frac{1}{3}$ fällt. Das $\frac{1}{9}$, was dem A. abgeht, fällt dann so auf den B. und den X., daß der erstre davon zwei Theile ($= \frac{2}{45}$), der Andre aber drei Theile ($= \frac{3}{45}$) erhält, und in demselben Verhältniß wächst das dem B. abgehende $\frac{1}{9}$ dem A. und dem X. zu. Im Ganzen entsteht also folgendes Resultat:

$$\text{A.} = \tfrac{2}{9} + \tfrac{2}{45} = \tfrac{12}{45} = \tfrac{4}{15},$$
$$\text{B.} = \tfrac{2}{9} + \tfrac{2}{45} = \tfrac{12}{45} = \tfrac{4}{15},$$
$$\text{X.} = \tfrac{1}{3} + \tfrac{3}{45} + \tfrac{3}{45} = \tfrac{21}{45} = \tfrac{7}{15}.$$

Gegen diese Ausführung scheint aber die l. 7. de usufr. accresc. (7, 2) zu streiten:

> „Si quis Attio et heredibus suis usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt. Quodsi ita scriptum sit: *Attio et Sejo cum heredibus meis*, tres partes fient, ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Sejus, nec enim interest ita legatur: *illi et illi cum Maevio*, an ita: *illi et illi et Maevio*",

indem hier Papinian in einem solchen Falle, wo den Erben und einem extraneus ein Legat hinterlassen ist, den Erben zusammen die eine Hälfte zuweist; und wirklich hat sich auch Buchholtz S. 386 fgg. auf diese l. 7. cit. zur Begründung seiner abweichenden Meinung berufen, daß dann, wenn mehreren Erben und einem Extraneus ein gemeinsames Prälegat hinterlassen sei, die Anwachsung wegfalle. In der That erklärt sich aber diese Entscheidung Papinians vielmehr vollständig daraus, daß auch bei Prälegaten begreiflich gerade nur solchen collegatarii *conjuncti* die Anwachsung zu Gute kommt, die auch bei andren gewöhnlichen Legaten einen Anspruch darauf zu machen hätten. Nun gelten aber die in einem Kollektivnamen zusammengefaßten Erben für eine Person, und werden daher auch zusammen zu der einen Hälfte berufen, während Attius die andre Hälfte bekommt; und dieses Resultat kann sich auch nicht ändern, wenn wegen der Prälegaten-Natur den einzelnen Erben Etwas von ihrem Legaten-Antheil abgeht, denn dieses wächst immer nur den andren Erben, als den Nächstverbundenen, zu, und der Attius kann also von dieser Anwachsung nichts lukriren. Ganz anders müßte natürlich Papinian entschieden haben, wenn den einzelnen, namentlich aufgeführten Erben und dem Attius der Usufruktus prälegirt wäre. Vgl. *v. d. Pfordten* p. 78, meine angef. Abh. S. 303 fgg. —

Bei dieser ganzen Erörterung über Anwachsungsrecht wurde vorausgesetzt, daß die Kollegatare auch wirklich sämmtlich erwerben. Fällt aber einer oder fallen alle vor dem wirklichen Erwerb hinweg, so wird ganz einfach so verfahren, wie wenn die Weggefallenen gleich anfänglich nicht vorhanden gewesen wären. Ganz überflüssig und verwirrend ist die Unterscheidung vieler Fälle, wie sie bei *Pfeiffer* §. 17. und *v. d. Pfordten* §. 24. [19] p. 79 sq. vorkommt, s. auch Buchholtz S. 407 fgg., indem in allen diesen Fällen unsre einfache Regel die entsprechende Norm an die Hand gibt, vgl. meine angef. Abh. S. 317 fgg.

II. Wenn der Prälegatar die Erbschaft nicht erwirbt, so wird in den Gesetzen unterschieden, ob er ausschlägt oder vor dem Antritt verstirbt.

1) Wenn er ausschlägt, so gilt die Regel, daß er das ganze Prälegat — also auch den Theil, welcher, wenn er Erbe geworden wäre, als Legat hinfällig gewesen sein würde — erwirbt, l. 17. §. 2, l. 18. de legat. I: „— — et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset“, l. 91. §. 2. eod. Daß dies dann eine Ausnahme leidet, wenn das Prälegat ausdrücklich unter der Bedingung hinterlassen wurde, wenn der Honorirte Erbe werden würde, versteht sich freilich von selbst, l. 88. de leg. I, l. 92. pr. de leg. III, l. 20. pr. de instr. leg. (33, 7), und eben so kann auch derjenige, welcher in Folge eines Vertrags mit dem Substituten ausschlägt, und für diese Ausschlagung sich von demselben hat abfinden lassen, wenigstens den Theil des Prälegats nicht wirksam fordern, welchen eigentlich der Substitut prästiren müßte, l. 4. §. 11. de dol. mali exc. (44, 4). Wenn die eingesetzten Erben und unter ihnen ein Prälegatar omissa causa testamenti als Intestaterben antreten, so müßte man eigentlich in Folge des bekannten prätorischen Edikts über diesen Fall dahin entscheiden, daß die Miterben allerdings den auf ihre Portionen fallenden Antheil des Prälegats auszahlen müßten, aber Marcellus entscheidet für die Ungiltigkeit des ganzen Vermächtnisses, l. 7. si quis omissa causa test. (20, 4): „Quidam Titium et Maevium instituit heredes, et centum Titio legavit, uterque omisso testamento legitimam adiit hereditatem, non probe legatorum actionem Titius postulabit; idem si utrique legasset“. Vgl. auch Buchholtz S. 542 fgg.

2) Wenn dagegen der Prälegatar vor dem Erbschaftsantritt, aber nach dem dies legati cedens verstirbt, so haben wir die bestimmte Entscheidung, daß auf die Erben des Prälegatars nur derjenige Theil des Prälegats übergeht, welchen die übrigen Miterben zu prästiren hatten, nicht aber das ganze Prälegat, l. 75. §. 1. de legat. II:

> „Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, *praeceptionum autem portiones quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti*“.

Die neue Auslegung von Schütze in Bekker's Jahrb. III. S. 418 fgg., wornach diese Stelle gar nicht von eigentlichen Prälegaten, sondern von solchen Vorvermächtnissen reden soll, wobei nur Miterben und nicht der Legatar selbst onerirt seien, bedarf für den Unbefangenen keiner Widerlegung. Die Hauptgrundlage derselben ist die unbewiesene und unbeweisbare Behauptung, daß die Römer unter „praeceptiones“ im Gegensatz von praelegata, gerade vorzugsweise die Vorvermächtnisse der vorher bemerkten Art verstanden hätten! Doch scheint Kuntze in seiner Ausgabe von Holzschuher II. S. 1042. dieser Auslegung beizutreten, während sie von Arndts, Pand. 5. Aufl. §. 544. Anm. 2. verworfen wird („nicht mit gutem Erfolg“).

III. Wenn der Prälegatar zwar die Erbschaft erwirbt, aber nicht behält, so gilt wieder die Regel, daß ihm das ganze Prälegat erworben wird. So namentlich, wenn ihm die Erbportion wegen Indignität entrissen wird, l. 12. fin., l. 18. §. 2. de his quae ut indign. aufer. (34, 9), und wenn er als suus heres von der väterlichen Erbschaft abstinirt, l. 87. 89. de leg. I, von

welchem letztren Falle man ohne Zweifel auch auf den andren zu schließen befugt ist, wenn ein **extraneus heres** sich durch **in integrum restitutio** von der Erbschaft losmacht. —

IV. Nachdem bisher die einzelnen Entscheidungen der Gesetze angeführt sind, bleibt nur noch die Frage übrig, wie das leitende Prinzip für das Prälegat aufzufassen ist, eine Frage, über welche auch noch h. z. T. vielfacher Streit herrscht. Die Veranlassung zu diesem Streite gab aber besonders der innere Widerspruch, welcher zwischen den beiden vorher bei II. 1. und II. 2. angegebenen Entscheidungen vorhanden zu sein scheint, denn es mußte sich die Frage aufdrängen, weßhalb dann, wenn der Prälegatar vor dem Erbschaftsantritt versterbe, blos ein Theil des Prälegats giltig sei, während doch, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlage, ihm das ganze Prälegat zufalle? Da ja in beiden Fällen gleichmäßig der Grund wegfällt, aus welchem die Eigenheiten des Prälegats hervorgehen, so scheint die Konsequenz dringend eine gleiche Behandlung beider Fälle zu verlangen. Geht man mit der Mehrzahl unsrer Rechtslehrer (vgl. Roßhirt a. a. O. S. 257 fgg., Buchholtz S. 187 fgg. und die dort zahlreich Genannten) von dem Prinzip aus, daß derjenige Theil des Prälegats, in Betreff dessen der Prälegatar selbst als Onerirter erscheint, von Anfang an keinen Rechtsbestand habe: so steht damit die gesetzliche Entscheidung, daß der vor dem Erbschaftsantritt verstorbene Prälegatar diesen Prälegaten-Theil auch nicht auf seine Erben transmittire, in vollkommenem Einklang, aber es bleibt gänzlich unerklärt, wie doch dann, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt, oder sie nicht behält, das ganze Prälegat giltig sein kann; denn es ist ja bekannt genug, daß ein von Anfang an ungiltiges Legat nicht deßhalb giltig werden kann, weil der Grund der Ungiltigkeit später hinwegfällt (**regula Catoniana**, s. §. 540). Will man aber umgekehrt mit manchen Aelteren (vgl. die Nachweisungen bei Buchholtz S. 180) und unter den Neueren bes. mit Pfeiffer §. 6. und v. d. Pfordten §. 4. das ganze Prälegat von Anfang an für rechtsbeständig halten, und es nur dann theilweise **ex post** ungiltig werden lassen, wenn der Prälegatar wirklich Erbe wird: so erscheint freilich die gesetzliche Bestimmung, daß im Falle der Erbschafts-Ausschlagung das ganze Prälegat bei Kraft bleibe, als völlig konsequent, aber es kann dann zivilistisch nicht erklärt werden, warum, wenn der Prälegatar vor dem Erbschaftsantritt stirbt, nicht das ganze Prälegat, sondern nur derjenige Theil desselben auf die Erben transmittirt wird, womit die Miterben onerirt sind, und wirklich fassen auch Pfeiffer §. 28. und v. d. Pfordten §. 15. die l. 75. §. 1. **cit.**, welche jenen Satz ausspricht, als eine unerklärbare Singularität auf, aus welcher für die Theorie des Prälegats durchaus keine Folgerung gezogen werden dürfe!

M. E. muß man unzweifelhaft mit der herrschenden Lehre den Grundsatz an die Spitze stellen, daß wirklich der Theil des Prälegats, womit der Legatar selbst onerirt ist, von Anfang an keinen Rechtsbestand hat, denn daß nur dieses der Sinn des so oft in den Quellen ausgesprochenen Dogma's ist: **heredi a semet ipso inutiliter legatur** (s. S. 418), und daß dabei schlechthin nicht an eine erst später eintretende Unwirksamkeit gedacht werden darf, kann bei unbefangener Betrachtung kaum bezweifelt werden, und zwar um so weniger, da

jener Satz gar nichts Singuläres an sich trägt, sondern sich nur als nothwendige Konsequenz allgemeiner Prinzipien herausstellt, vgl. bes. Buchholtz S. 180 fgg. Aus diesem Satze folgt nun unmittelbar, daß, wenn der Prälegatar die Erbschaft erwirbt, dieser Theil des Prälegats entweder jure hereditario in seiner Erbportion verbleibt oder an collegatarii conjuncti anwächst (vgl. Nr. I), und die Annahme eines Legaten-Rechts an diesem Theile ist so unmöglich, daß dies selbst durch eine spezielle Disposition des Erblassers nicht herbeigeführt werden kann. Jener Satz, streng durchgeführt, führt aber allerdings auch noch zu der weiteren Folge, daß auch dann, wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, jener Legaten-Theil doch keinen Rechtsbestand hat, eben weil er von Anfang an ungiltig hinterlassen war, und ein ungiltig hinterlassenes Vermächtniß wegen nachher wegfallenden Ungiltigkeits-Grundes nicht giltig werden kann. Für diesen Fall kann aber der Erblasser unbedenklich nachhelfen, indem er dem Prälegate („meinem Erben Titius vermache ich mein Haus") den Zusatz beigefügt: „wenn Titius mein Erbe nicht wird, so soll er doch das ganze Haus haben", denn daß unter dieser Voraussetzung Titius, wenn er die Erbschaft ausschlägt, das ganze Legat, und nicht blos den Theil desselben erhält, der als Prälegat giltig hinterlassen ist, versteht sich ganz von selbst. Da es nun keinen Augenblick zweifelhaft ist, daß wirklich der Wille des Erblassers entschieden darauf gerichtet ist, dem Prälegatar, auch wenn er nicht Erbe werden sollte, das ganze Vermächtniß zuzuwenden: so mußte man, um den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, jenen Zusatz nothwendig bei einem jeden Prälegat subintelligiren, wenn nicht etwa der Erblasser ausdrücklich die Bedingung: si heres erit zugefügt hatte (vgl. z. B. l. 92. pr. de legat. III, l. 20. pr. de instr. legat.), oder doch *„manifestissime"* bewiesen werden konnte, daß derselbe die Erbenqualität als Voraussetzung des Legatenerwerbs angesehen habe, l. 88. de legat. I. Hält man nun aber diesen m. E. sehr natürlichen, dem präsumtiven Willen des Erblassers vollkommen entsprechenden und durch die l. 88. cit. wesentlich unterstützten Gesichtspunkt einer tacita *repetitio* für den an sich ungiltigen Theil des Prälegats fest, — und nicht ganz ohne Gewicht hierfür dürfte auch noch der Umstand sein, daß in unsren Quellen unmittelbar hinter l. 17. und l. 18. de leg. I, in welchen Stellen dem Prälegatar, welcher die Erbschaft ausschlägt, der Anspruch auf das ganze Prälegat zugesichert wird, in l. 19. eod. die Bemerkung angeknüpft wird, daß durch eine repetitio auch legata inutilia konfirmirt werden können — hält man, sage ich, diesen einfachen Gesichtspunkt einer tacita repetitio fest, so erklären sich vollständig die verschiedenen gesetzlichen Entscheidungen, ohne mit Arndts im Rechtslex. VI. S. 290. annehmen zu müssen, daß sich darin „nur einzelne innerlich unvereinbare Folgerungen aus verschiedenen Auffassungsweisen" erhalten hätten. Wird nämlich der Prälegatar wirklich Erbe, so kommen natürlich die Grundsätze über Prälegate rein zur Anwendung. Wenn aber der Prälegatar nicht Erbe wird, so muß jetzt in Betreff des an sich ungiltigen Prälegaten-Theils in Folge jener tacita repetitio angenommen werden, derselbe sei dem Honorirten rechtsgiltig unter der Bedingung: wenn er nicht Erbe werde, hinterlassen worden (vgl. die bei Buchholtz S. 169. Not. 2. und 3. Angeff.), und geht man von dieser Annahme aus, so

müssen nothwendig die beiden Fälle, wenn der Prälegatar die Erbschaft ausschlägt, und wenn er verstirbt, ohne angetreten zu haben, verschieden beurtheilt werden. Wenn nämlich:

1) der Honorirte auf die Erbschaft verzichtet, so ist die Bedingung im Augenblick der Ausschlagung erfüllt, und folgeweise auch der unter dieser Bedingung hinterlassene Prälegaten-Theil alsbald erworben, so daß jetzt der Honorirte das ganze legirte Objekt in Anspruch nehmen kann; vgl. oben Nr. II. 1.

2) Wenn aber der Prälegatar, ohne angetreten zu haben, verstirbt, so ist die Bedingung: **si heres non erit**, in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über die Erfüllung negativer Potestativ-Bedingungen, nicht schon bei Lebzeiten des Honorirten, sondern erst mit dem wirklich erfolgten Tode desselben in Erfüllung gegangen, weil auch noch im letzten Augenblicke des Lebens ein Entgegenhandeln möglich gewesen wäre; es hat also der Prälegatar die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt, sondern derselbe ist **pendente conditione** verstorben, und so kann denn auch nach bekannten Regeln dieser Theil des Prälegats nicht auf seine Erben transmittirt werden. Für diesen Fall kann also auch die **tacita repetitio** keine Aufrechthaltung des Vermächtnisses herbeiführen, und es bleibt demnach bei dem Ergebniß der reinen Prälegaten-Theorie, wie uns dieselbe in **l. 75. §. 1. de leg. II.** entgegentritt, vgl. Nr. II. 2. — Gegen diese Argumentation, die im Wesentlichen auch schon in den früheren Ausgaben dieses Lehrb. angedeutet ist, sind freilich mehrfache Bedenken erhoben worden, und namentlich hat Buchholtz S. 170 fgg. dieselbe ausführlich bekämpft. Abgesehen von einigen Nebengründen, welche keiner Widerlegung bedürfen, hat Buchholtz vorzüglich zwei Einwendungen dagegen erhoben. Er meint nämlich:

a) wenn man die Bedingung: **si heres non erit** subintelligiren wollte, so sei doch dieselbe nicht erst nach dem Tode, sondern vielmehr schon im Augenblicke des Todes (nicht **mortuo**, sondern schon ***moriente*** **herede**) erfüllt, wie aus **l. 28. de condit. inst. (38, 7), l. 104. §. 6. de legat. I.** und **l. 31. quando dies legat. (36, 2)**, mit Evidenz hervorgehe; demnach sei der **dies legati cedens** allerdings noch bei Lebzeiten des Honorirten eingetreten, und es müsse also nothwendig das ganze Legat auf die Erben transmittirt werden, woraus dann von selbst hervorgehe, daß man durch Annahme einer **tacita conditio: si heres non erit** in offenen Widerspruch mit der Entscheidung der **l. 75. §. 1. cit.** gerathe. In der That ist sowohl in **l. 104. §. 6.** als in **l. 31. cit.** ausdrücklich gesagt, daß ein Legat, welches einem eingesetzten Erben unter der Bedingung: **si heres non erit** hinterlassen sei, demselben im Augenblicke des Todes erworben werde, „**quia moriente eo conditio impletur**"; aber in beiden Stellen ist von einem unter einer Bedingung eingesetzten Erben die Rede, welcher vor Eintritt der Bedingung gestorben ist, und in solchen Fällen ist es denn freilich schon vor dem wirklich erfolgten Tode völlig gewiß, daß er nicht mehr Erbe werden kann; ganz anders verhält es sich dagegen mit einem ***pure*** eingesetzten Erben, für welchen die einem Legate beigefügte Bedingung: **si heres non erit**, als eine rein negative Potestativ-Bedingung erscheint, gegen welche unzweifelhaft auch noch im letzten Augenblicke des Lebens gehandelt werden kann, und die eben darum auch erst nach dem Tode als erfüllt angesehen werden darf.

Noch weniger kann die l. 28. de cond. inst. unsrer obigen Argumentation entgegengehalten werden, denn, wenn dort auch von der Bedingung: si filius in Capitolium non ascenderit oder: si Alexandriam non ierit gesagt ist, daß dieselbe „moriente eo" erfüllt werde, und also der dies legati noch bei seinen Lebzeiten cedire, so kann damit doch gewiß nicht, wie Buchholtz meint, die Bedingung: si heres non fuerit als ganz gleich behandelt werden; eine Reise oder einen Spaziergang kann man im letzten Augenblicke des Lebens nicht mehr unternehmen, und es ist also allerdings schon vor dem Tode gewiß, daß die Bedingung erfüllt ist; eine Erbschaft aber kann man unzweifelhaft auch noch mit dem letzten Lebenshauche annehmen, und die Bedingung: si heres non fuerit, muß also vielmehr auf gleiche Linie mit der andren: Si X. non dederit gestellt werden, von welcher letztren gerade aus l. 28. cit. hervorgeht, daß sie wirklich erst nach dem Tode erfüllt ist.

b) Außerdem wendet Buchholtz S. 176 fgg. auch noch gegen die obige Argumentation ein, daß, wenn man auch wirklich die Bedingung: si heres non erit subintelligiren dürfte, dies doch jedenfalls eine *juris* conditio sein dürfte, welche nach bekannten Grundsätzen das Legat nicht zu einem bedingten machen, und also eine Veränderung in Betreff des dies cedens gar nicht herbeiführen würde. Dies beruht aber auf einem augenscheinlichen Mißverständnisse. Allerdings versteht es sich nach allgemeinen Prinzipien von selbst, daß dann, wenn der Prälegatar Erbe wird, der Theil des Prälegats, womit er selbst belastet ist, nichtig ist; aber keineswegs ist es eine Folge allgemeiner Prinzipien, daß dann, wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, dieser Theil des Prälegats giltig sei, sondern dies kann nur durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willens-Erklärung des Testators herbeigeführt werden, und für diese Erklärung — daß das Vermächtniß als rechtsbeständiges Legat bestehen solle — ist also die Bedingung: Si heres non erit, ganz und gar keine juris conditio, sondern sie ist vielmehr eine wahre Bedingung, welche allerdings ex testamento, also ex voluntate defuncti venit, die nur in unsrem Falle nicht expressis verbis ausgesprochen, sondern nach dem präsumtiven Willen des Erblassers subintelligirt wird. —

bb) Von dem successiven Vermächtniß. §. 524.

de Retes, de fideic. perpetuo fam. relict., in Meerm. thes. VII. p. 625 sqq., *Voet.* ad Pand. lib. XXXVI. tit. 1. §. 27 sqq., Heimbach in Gieß. Zeitschr. N. F. V. S. 42 fgg., Sintenis III. §. 209. — Ueber Nov. 159. insbesondre vgl. Marezoll in v. Löhr's Magaz. IV. S. 203 fgg. und Pfeiffer, prakt. Ausf. III. S. 54 fgg.

B) Von den Objekten. §. 525.

Anm. 1. So gewiß es ist, daß eine res extra commercium omnium so wenig Gegenstand eines Vermächtnisses sein kann, daß der Legatar auch nicht

einmal die aestimatio fordern kann, §. 4. J. de leg. (2, 20), l. 39. §. 9. 10. de leg. I, l. 14. C. de legat. (6, 37), cf. l. 41. §. 1. bis l. 43. §. 1. de legat. I, und so unzweifelhaft es ferner ist, daß es der Giltigkeit des Vermächtnisses nicht im Mindesten schadet, wenn die legirte Sache blos extra commercium des Onerirten ist, l. 49. §. 3. de leg. II: so zweifelhaft und bestritten ist dagegen die andre Frage, wie es sich verhalte, wenn blos dem Honorirten das Kommerzium der legirten Sache abgeht. Während nämlich Paulus in der l. 49. §. 2. eod. die völlige Ungiltigkeit eines solchen Vermächtnisses behauptet:

> „Labeo refert, agrum, cujus commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse; quod merito Priscus Fulcinius falsum esse ajebat",

scheint von Ulpian und von Marcian umgekehrt angenommen zu werden, daß der Legatar hier allerdings Ansprüche auf die aestimatio machen könne, und insofern also das Vermächtniß giltig sei:

> *Ulp.* l. 40. de leg. I: „Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, *puto aestimationem deberi*".
>
> *Marcian.* l. 114. §. 5. eod.: „Si quid alicui licite fuerit relictum, vel jus aliud, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, *quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet*".
>
> *Ulp.* l. 11. §. 16. de legat. III: Si servo alieno militia relinquatur, an domino quaeratur legatum, quaeritur. Et aut scit servum esse, et dico aestimationem deberi, aut ignoravit, et denegari fideicommissi persecutio debet, quia, si sciisset servum, non reliquisset".

Die bei Weitem sorgfältigste und gründlichste Erörterung dieser Frage findet sich bei Joh. Carl Christ. Glück, ad fragm. Julii Pauli ex libro ejus V. ad leg. Jul. et Pap., quod extat in l. 49. §. 2. de legat. II, Erl. 1817. 4, dem jetzt auch Roßhirt, Vermächtn. I. S. 224 fgg. folgt, und welchem in allen wesentlichen Punkten beizustimmen, auch ich keinen Anstand nehme. Das Resultat jener Erörterungen ist nämlich, daß ein Widerstreit der Gesetze gar nicht vorhanden ist, sondern durch sorgsame Unterscheidung verschiedener Fälle vollständig geholfen werden kann. Man muß von der Regel des Paulus in l. 49. cit. ausgehen, daß ein solches Legat ungiltig sei, und also der Legatar auch nicht die aestimatio fordern dürfe, eine Regel, die auch gar sehr in der Natur der Sache begründet erscheint, und überdies durch *Theophil.* II. 20. §. 4. unterstützt wird, vgl. auch arg. l. 34. de V. O. (45, 1). Daß man aber in jenem Paulinischen Ausspruche auch im Sinne Justinian's das eigentliche Prinzip für unsre Frage finden muß, möchte auch schon äußerlich sich daraus erkennen lassen, daß da jene Regel mit ausdrücklicher Verwerfung abweichender Ansichten und mit Berufung auf Auktoritäten aufgestellt wird. Diese Regel leidet aber einige Modifikationen, und zwar:

1) wenn die legirte Sache eine fremde ist; denn da das legatum rei alienae, so weit es überhaupt gilt, eigentlich nur darin besteht, daß die *aestimatio*

als legirt angesehen wird, so muß dabei begreiflich der Umstand, ob jene Sache im commercium des Legatars ist, oder nicht, als ganz gleichgiltig erscheinen, und also der Onerirte in beiden Fällen gleichmäßig zur Leistung der aestimatio verpflichtet sein. Dies ist denn auch der deutliche Ausspruch der l. 40. de leg. I, die also, wenn man nur auf die Worte *res aliena* das gebührende Gewicht legt, in keinem wahren Widerspruch mit der l. 49. cit. steht, ohne daß man nöthig hätte, mit *Cujac.*, Not. post. ad §. 4. J. II. 20. (opp. I. p. 127), ad tit. de V. O. leg. 34. (opp. I. p. 1185), dem Viele folgen (vgl. die bei *Glück* p. 54. Angeff.), das zweite *non* auszulassen („— — ei, cui jus possidendi est, per fideic." etc.), oder mit *Cannegieter*, ad Ulp. p. 111. statt des *non* zu lesen: *modo*, gegen welche Textveränderungen auch insbesondre noch die Basiliken sprechen, lib. 44. tit. 1. fr. 19. vgl. auch dagegen *Glück* cit. §. 25. Nicht weniger ungenügend, als diese Emendationsversuche, sind aber auch die mancherlei Interpretationen, wodurch man den anscheinenden Widerspruch zu entfernen gesucht hat, unter denen hier nur als die bedeutendsten hervorzuheben sind die Ansicht von *Donell.*, comm. ad l. 34. de V. O. Nro. 8. (cf. *Ejusd.*, comm. jur. civ. lib. VIII. c. 11. §. 14. ed. *Bucher* tom. IV. p. 395), wonach ein Unterschied gemacht werden soll zwischen dem *jus possidendi non habere* der l. 40. cit. und dem *commercium non habere* der l. 49. §. 2. cit., vgl. dagegen *Glück* cit. §. 26, und die Meinung von *Duaren*, ad Pand. tit. de leg. ad l. 40. de leg. I. (opp. p. 538), dem viele ältere und neuere Juristen folgen, wonach Paulus in l. 49. cit. das Recht der Legate, Ulpian aber in l. 40. cit. das Recht der Fideikommisse angegeben habe, wovon dann das praktische Ergebniß sein würde, daß nach der Justinianischen exaequatio legator. et fideic. das letztere Recht das allgemein geltende sein, und also der Legatar allgemein befugt sein würde, die aestimatio zu fordern; vgl. dagegen besonders *Beaufin*, disput. ad l. 40. de leg. I. (in *Branchu*, obss. p. 197 sqq.) cap. 2, p. 200 sqq. und *Glück* cit. §. 27.

2) Eine andre Modifikation ist die, wenn es dem Legatar nicht eigentlich an dem commercium fehlt, wenn also kein eigentliches gesetzliches Verbot besteht, daß der Legatar die legirte Sache habe, sondern er nur aus zufälligen faktischen Gründen, etwa propter corporis sui vitium (z. B. wenn einem Kastraten eine militia legirt ist, vgl. l. 4. pr. de re milit. (49, 16), vgl. auch l. 35. de leg. III) oder propter qualitatem relicti, die legirte Sache nicht im Eigenthum haben kann. Da hier die Gründe wegfallen, aus denen im Falle eines wahren gesetzlichen Verbots Ungiltigkeit des Legats angenommen werden muß, so ist die Entscheidung Marcian's in der l. 114. §. 5. cit. völlig konsequent, daß in solchem Falle der Vermächtnißnehmer die aestimatio zu fordern berechtigt sei, und an einen wahren Widerspruch mit der l. 49. §. 2. cit. ist auch hier nicht zu denken, *Cujac.* ad l. 34. de V. O. (opp. I. p. 1185), *Glück* cit. §. 31, Roßhirt I. S. 227 fgg. —

Dies sind die Modifikationen unsrer Regel. Das dritte oben abgedruckte Gesetz, welches man ebenfalls noch anzuführen pflegt, die l. 11. §. 16. de leg. III. berührt, wenn man genauer zusieht, unsre Frage ganz und gar nicht. Es ist dort von einem legatum militiae an einen Sklaven die Rede, und die

Entscheidung lautet, daß, wenn der Testator den Sklaven für frei gehalten, das ganze Vermächtniß ungiltig sei, während im umgekehrten Falle der Herr des Sklaven die aestimatio der legirten Sache fordern dürfe. Erwägt man nämlich, daß nach dem Ausspruch des Paulus in l. 49. §. 1. de leg. II. überhaupt, wenn eine militia vermacht ist, „*aestimatio* videtur legata", so ist es klar, daß bei einem solchen Vermächtniß es im Allgemeinen gleichgiltig ist, ob die militia im commercium des Legatars steht oder nicht, indem vielmehr, wenn einem Freien dieselbe legirt ist, immer die aestimatio gefordert werden kann. Wenn daher Manche auf diese l. 11. §. 16. cit. den Grundsatz stützen, daß dann, wenn der Legatar das commercium der legirten Sache nicht habe, stets zu unterscheiden sei, ob der Testator dies gewußt, oder nicht, vgl. bes. *Joh. Robert.*, animadv. jur. civ. lib. III. c. 11. (cf. Cujac. opp. X. p. 305 sqq.): so ist dies offenbar unzulässig, indem die Unterscheidung der l. 11. cit., ob der Erblasser das Sklavenverhältniß gekannt oder nicht, blos und allein darin seinen Grund hat, weil es sich hier um eine mittelbare Erwerbung handelt, nicht aber darin, weil der Legatar das commercium der legirten Sache nicht hat, vgl. bes. *Beaufin* cit. cap. 3. p. 204 sqq., *Glück* cit. §. 33—35.

Hiernach stellt sich folgendes einfache Resultat heraus: wenn Jemand seine eigne Sache Jemanden vermacht, welcher in Folge eines gesetzlichen Verbots das commercium derselben nicht hat, so ist das Vermächtniß absolut ungiltig, während wenn in solchem Falle eine fremde Sache legirt ist, der Legatar den Werth derselben fordern kann, und dies auch dann eintritt, wenn die legirte Sache nicht wegen gesetzlichen Verbots, sondern wegen faktischer Gründe dem commercium des Legatars entzogen ist, vgl. auch Roßhirt, gem. deutsches Civilr. III. §. 691, Arndts, Rechtsler. VI. S. 294, Puchta, Lehrb. §. 528. und Vorl. ad h. l., Mommsen, Beitr. zum Oblig. R. I. S. 140. Anm. 1, Vering, Erbr. S. 688 fg., Tewes II. S. 258 fg.

Wenn nun aber nach den bisher angegebenen Grundsätzen das Vermächtniß ungiltig ist, weil die Sache extra commercium omnium oder doch extra commercium legatarii ist, so versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen (regula Catoniana!) von selbst, daß dasselbe auch dadurch keinen Rechtsbestand erhalten kann, wenn die legirte Sache noch bei Lebzeiten des Testators in das commercium kommt, l. 41. §. 2. de leg. I. Wäre jedoch das Legat unter irgend einer Bedingung hinterlassen, und pendente conditione wäre die Sache in das commercium gekommen, so ist das Vermächtniß vollkommen giltig, „quia ad conditionalia legata Catoniana non pertinet", l. 41. §. 2. cit. Deßhalb kann denn namentlich auch die Bedingung giltig zugefügt werden: wenn die Sache in das commercium kommen werde, aber offenbar irrig ist es, diese Bedingung mit Manchen (z. B. Wening Buch V. §. 68. Not. d) für die ausschließlich zulässige zu erklären.

Anm. 2. Wenn Jemanden eine Sache legirt ist, die schon im Augenblicke der Testaments-Errichtung dem Legatar eigenthümlich zugehört, so ist aus begreiflichen Gründen das ganze Vermächtniß ungiltig, und kann auch in Folge allgemeiner Grundsätze (regula Catoniana) dadurch nicht giltig werden, daß bei Lebzeiten des Testators die Sache von dem Legatar veräußert wird, §. 10. J. de

leg. (2, 20), l. 41. §. 2. de leg. I, l. 13. C. de leg. (6, 37). Nach der Meinung vieler älteren und neueren Juristen (vgl. z. B. Statt Aller *Cujac.* ad Inst. II. 20. §. 10. verb. alienaverit, in opp. VIII. p. 997 sqq., Göschen, Vorles. III. §. 1013, Keller, Pand. §. 563) soll aber hiermit in unauflöslichem Widerspruch stehen der Ausspruch des Celsus in l. 1. §. 2. de reg. Caton. (34, 7):

> „Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset".

Die herrschende Lehre aber hat sich, und zwar gewiß mit größtem Rechte, schon lange gegen die Annahme eines solchen Widerspruchs erklärt, vgl. *Harnier*, de reg. Cat. Heidelb. 1820. p. 72 sqq. und die dort in Not. 5—7. Zitt., Arndts im Rhein. Mus. V. S. 207, und fast alle neueren Lehr- und Handbücher. Es kann nämlich bei genauerer Betrachtung nicht bezweifelt werden, daß die Worte: *si eum vivo testatore alienaveris* als eine Bedingung, welche der Testator selbst dem Legate setzte, aufzufassen sind, so daß also der Nachsatz erst mit den Worten legatum tibi debetur beginnt. Gerade bei dieser Bedingung nämlich: si *vivo testatore* rem alienaveris konnten Zweifel entstehen, ob dadurch die Rechtsbeständigkeit des Legats gesichert werde. Wollte man nämlich die regula Catoniana ganz wörtlich in Anwendung bringen, so hätte die Ungiltigkeit des Legats behauptet werden müssen, weil, wenn der Erblasser sogleich nach Errichtung des Testaments verstorben wäre, offenbar jene Bedingung defizirt, und also das Legat unwirksam gewesen sein würde. Aber Celsus erklärt sich doch dem Geiste der reg. Catoniana gemäß für die Aufrechthaltung und zwar soll dies ein zweites Beispiel — das erste kommt in §. 1. vor — für seinen im princ. huj. leg. aufgestellten Satz sein, daß die regula Catoniana in quibusdam falsa est; vgl. auch Arndts a. a. O. und unten §. 540. Anm. —

Von der Regel aber, daß das Legat einer im Eigenthum des Legats stehenden Sache ungiltig ist, kommen mehrfache Modifikationen vor:

1) Wenn ein solches Legat unter irgend einer Bedingung hinterlassen ist, und im Augenblick der Erfüllung derselben ist die Sache veräußert, so ist das Legat vollkommen giltig, „quia regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet", l. 41. §. 2. de leg. I, l. 98. de cond. et dem. (35, 1). Sogar die Bedingung: si vivo testatore rem alienaverit soll ja, wie wir vorher gesehen haben, giltig zugefügt werden dürfen; aber nimmermehr zu rechtfertigen ist es, wenn man gerade nur diese Bedingung für zulässig hält, wie dies z. B. von Wening Buch V. §. 68. Not. y, Thibaut §. 903. und selbst von Mühlenbruch §. 841. bei Note 9. geschieht.

2) Auch dann ist das Vermächtniß giltig, wenn der Legatar zwar zur Zeit der Testaments-Errichtung Eigenthümer der legirten Sache war, ihm aber dieses Eigenthum aus einem vorausgehenden Grunde verloren geht, z. B. durch in integrum restitutio des früheren Eigenthümers, l. 82. §. 1. de legat. I. Dahin gehören auch die Fälle des schwebenden und widerruflichen Eigenthums, aber schwerlich auch solche des s. g. dominium revocabile ex nunc (§. 301. Anm.), wenn nicht etwa in Fällen der letztren Art der Erblasser von diesem Sachverhältnisse Kunde hatte, indem man dann gewiß die Absicht supponiren

muß, er habe die Sache für den Fall legiren wollen, wenn der Legatar in Folge jenes Verhältnisses die Sache verlieren würde, arg. leg. 39. §. 2. de leg. I.

3) Wenn zwar die Sache zur Zeit der Testaments-Errichtung dem Legatar gehört, aber der Testator hatte schon damals einen Anspruch darauf, daß sie ihm tradirt werde, so ist das Vermächtniß immer giltig, mag die Sache dann wirklich an den Testator tradirt sein, oder nicht, indem im erstren Fall ein Anspruch des Legatars auf Rückgabe der Sache, im andren aber ein Liberationslegat begründet ist, l. 39. §. 2. de leg. I. Eben so ist auch ein Legat der eignen Sache dann giltig, wenn dem Erblasser dingliche Rechte daran zustanden, indem dann diese erlöschen, und insofern allerdings dem Legatar ein Gewinn erwächst, l. 71. §. 5, l. 86. §. 4. de legat. I. Wie aber, wenn solche dingliche Rechte nicht dem Testator, sondern einem Dritten zustehen? Ist auch in diesem Falle das Legat einer eignen Sache des Legatars giltig, und muß also etwa der Erbe solche Rechte ablösen, oder nicht? Hierher gehört die Entscheidung Papinian's in l. 66. §. 6. de legat II:

„Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede, ususfructus enim, etsi in jure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. *Sin autem res mea legatur mihi, legatum propter istas causas non valebit*".

Diese letztren Worte, und namentlich die da vorkommenden „istae causae" mit manchen Aelteren und Neueren (z. B. noch *Mandrea*, de usufructu quasi parte dominii. Berol. 1864. p. 33 sqq.) blos auf die unmittelbar vorher erwähnten Prädialservituten zu beziehen, widerstreitet der ganzen Ausdrucksweise, und so kann denn eine ungezwungene Auslegung nur zu dem Resultate führen, daß ein Vermächtniß der eignen Sache des Legatars deßhalb nicht giltig werden könne, weil einem Dritten ein Nießbrauchs-, Pfand- oder Besitzrecht zustehe, mit andren Worten, daß dem Erben nicht die Verbindlichkeit obliege, dergleichen Rechte abzulösen, sondern das Legat ganz wirkungslos sei. Im Gegensatze hiervon sagt aber Julian in l. 86. pr. de leg. I:

„Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur",

und eben dies ist auch offenbar der Gedanke Ulpian's in l. 43. §. 3. eod.:

„Qui ab hostibus redemtus est, legari sibi poterit, et proficit legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit",

denn bei dieser letztren Stelle mit Westphal, Verm. I. §. 244. u. A. zu supponiren, daß hier gerade der Testator den Legatar losgekauft, und dadurch eine Art Pfandrecht an seiner Person erworben hätte, ist kein hinreichender Grund vorhanden. — Cujacius in libr. XVII. Quaest. Pap. ad l. 66. §. 6. de leg. II. (opp. IV. p. 453), Donellus, comm. jur. civ. lib. VIII. c. 11. §. 25. (ed. Bucher IV. p. 399 sq.) und Andre mehr lösen nicht diese Schwierigkeit, sondern zerhauen den Knoten, wenn sie mit Haloander in l. 66. §. 6. cit. Statt: *propter* istas causas lesen wollen: *praeter* istas causas, vgl. auch dagegen *Jac. Gothofr.*, animadverss. jur. civ. c. 20. (in Otton. thes. III.

p. 318 sqq.) und *Joh. Stekii*, **vindicationes legum anticriticae cap. 20.** (bei Otto I. p. 531 sqq.). Das Natürlichste ist gewiß, die l. 66. cit. so aufzufassen, daß jene Gründe allein allerdings nicht hinreichen, um ein solches Legat der eignen Sache giltig zu machen, so daß also der Erbe keineswegs schon blos deßhalb, weil ein Dritter ein dingliches Recht auf eine solche Sache hat, dieses abzulösen verpflichtet ist. Damit kann aber nicht ausgeschlossen sein, daß dann, wenn ein gerade auf Ablösung eines solchen Rechts gerichteter Wille des Erblassers angenommen werden kann — und ein solcher möchte stets dann anzunehmen sein, wenn der Erblasser mit der Existenz solcher Rechte bekannt war —, das Legat allerdings in soweit giltig ist, daß der Erbe zur Ablösung jener Rechte, oder, Falls dies nicht thunlich ist, zur Leistung der **aestimatio** verpflichtet wird; und auf solche Fälle sind die beiden andren oben angeführten Gesetze zu beziehen. Bei der l. 43. cit. ist jene Voraussetzung augenscheinlich begründet; denn wenn ein **redemtus** sich selbst vermacht wird: so geht daraus natürlich hervor, daß dem Testator das Verhältniß desselben nicht unbekannt war, und bei der l. 86. cit. liegt jene Voraussetzung wenigstens sehr nahe, denn wenn ein Sklave in ein Faustpfand, und also in den Besitz eines Dritten gegeben war, so kann daraus wohl auf eine Wissenschaft des Testators geschlossen werden, was bei der Verpfändung einer Immobilie (wovon die l. 66. cit. redet) keineswegs der Fall ist, vgl. auch *Jac. Gothofr.* cit., Arndts im Rechtsl. VI. S. 329, Vering S. 690. Not. 7. Zu ähnlichen Resultaten kommt auch Roßhirt, Verm. II. S. 162 fgg., indem er ebenfalls den müthmaßlichen Willen des Erblassers besonders berücksichtigt wissen will, während Bachofen, Pfandr. I. S. 134 fgg., Mommsen, Beitr. zum Oblig. R. I. S. 156 fg. Not. 4. und Dernburg, Pfandr. I. S. 135 fg. eine Kontroverse unter den römischen Juristen annehmen und demgemäß gar keinen Versuch zur Vereinigung der verschiedenen Stellen durch Interpretation machen, für das Justinianische Recht aber die Aussprüche von Julian und Ulpian der blos „gelegentlichen" Aeußerung Papinian's vorziehen wollen. Sintenis endlich Bd. III. §. 217. Anm. 16. betrachtet umgekehrt den Ausspruch Papinians in l. 66. cit. als den allein maaßgebenden, indem er die l. 43. cit. ganz, wie Westphal verstehen, und die l. 86. cit. als ein **jus singulare** für einen verpfändeten Sklaven auffassen will.

4) Gar nicht eigentlich als Modifikation unsrer obigen Regel erscheint noch der Satz, daß einem fremden Sklaven eine Sache, welche im Eigenthume von dessen Herrn steht, auch ohne Bedingung giltig vermacht werden kann, obwohl natürlich ein solches Legat nur dann wirksam werden kann, wenn beim Tode des Erblassers der Sklave frei ist. Ich sage, dies sei gar keine Modifikation unsrer Regel, denn „**quum servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio, ceterum ex persona servi constitit legatum**", l. 82. §. 2. de leg. II. Vgl. Westphal, Verm. I. §. 154. und die da Angeff.

5) Wenn der Testator blos irrig glaubte, die legirte Sache gehöre dem Legatar, während sie wirklich seine eigne ist, so soll das Legat nach der Entscheidung Justinian's vollkommen giltig sein, „**quia exitum voluntas defuncti habere potest**", §. 11. J. de legat. —

C) Von der Form der Errichtung.

1) Von Kodizillen.

a) Im Allgemeinen. §. 526.

Inst. II. 25. de codicillis, Dig. XXIX. 7. de jure codicillorum, Cod. VI. 36. de codicillis. — *Dunius*, de veteri et novo jure codicillorum et de solenni V. testium numero in codic. test. confirm. Rom. 1752, Roßhirt, Verm. I. S. 1 fgg., Witte im Rechtslex. II. S. 670 fgg., und bes. Fein, Forts. des Glück'schen Komm. XLIV. und XLV. und Mayer §. 16 fgg.; vgl. auch Vering, Erbr. S. 697 fgg.

1) *Paul.* l. 8. pr. h. t.: Conficiuntur codicilli quatuor modis, aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento. — *G. L. Böhmer*, de quatuor modis conficiendi codicillos; in Elect. tom. I. nr. 8, Fein XLIV. S. 18 fgg. S. 152 fgg., Mayer §. 19. Anm. 7.

2) *Papinian.* l. 5. h. t.: Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocunque indicio (Vulg.: judicio) retineatur; sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit. — Wie dieser Ausspruch Papinian's mit der Relation Justinian's in §. 1. J. h. t.: »Sed quum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed Divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum praecedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse«, zu vereinigen sei, ist streitig. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Fein XLIV. S. 169 fgg. Gewiß ist die Meinung, welche neuerlich vorzüglich von Fein a. a. O. vertheidigt ist, die richtige, daß nämlich Papinian in l. 5. cit. zur Konservirung des Kodizills stets eine positive (ausdrückliche oder stillschweigende) Bestätigung des Erblassers verlangte, während die Kaiser Severus und Antoninus nach §. 1. cit. denselben schon dann bestehen lassen, wenn nur keine Willensänderung erweislich gemacht werden kann; vgl. auch Neuner, her. inst. ex re certa S. 87 fgg., Sintenis III. §. 208. Not. 7, Mayer §. 20. Not. 9.

3) *Theodosius* l. 8. §. 3. C. h. t.: In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accomodantibus. Vgl. hiermit die von Hänel aufgefundenen Schlußworte der l. 7. C. Theodosiani de testamentis et codicillis IV. 4: In omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur; quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque vel rogati vel qui fortuito venerint, possint jure testimonium perhibere, videlicet [ut] post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus, qui trium testium numero sint contenti. Cf. *Haubold,* opusc. Tom. II. praef. p. 151. und jetzt die Ausgabe des Codex Theodos. von Hänel l. 7. cit. — Vgl. überhaupt *Danz,* de externa codicillorum forma commentatio. Lips. 1835. und in der Gießer Zeitschr. Bd. IX. Nr. 8, Roßhirt, Verm. I. S. 17 fgg., Witte a. a. O. S. 679 fgg., Bachofen, ausgew. Lehren des Zivilr. S. 316 fgg. und der Allen Fein XLIV. S. 339 fgg. XLV. S. 1 fgg. und Mayer §. 17. 18.

Anm. 1. Während das charakteristische Merkmal eines Testaments darin besteht, daß sich der Testator einen direkten Erben ernennt, ist es umgekehrt ein gemeinschaftlicher Grundsatz für alle Arten von Kodizillen, daß darin über direkte Universalsuccession keine Bestimmung getroffen werden kann *(„codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest“)*, so daß also darin weder eine Erbeinsetzung, noch auch eine Enterbung vorkommen kann, Gai. II. 273, §. 2. J. h. t., l. 10. h. t., l. 76. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 14. C. de testam. (6, 23), l. 2. 7. C. h. t., l. 5. §. 1. C. de nec. serv. (6, 27). Daraus folgt denn auch von selbst, daß auch einem pure eingesetzten Erben keine Bedingung in einem Kodizill beigefügt, l. 6. pr. h. t., daß darin kein Substitut ernannt, l. 6. cit., l. 7. C. cit., und keine ungiltige Institution für giltig erklärt werden kann, l. 2. §. 4. h. t. Doch aber soll eine solche Bestätigung einer ungiltigen Erbeinsetzung, und eben so auch eine in einem Kodizill angeordnete Pupillarsubstitution in Folge einer benigna interpretatio wenigstens als Fideikommiß aufrecht erhalten werden, l. 2. §. 4. cit., l. 76. ad SC. Trebell. (36, 1), und eben so darf auch der Name des Erben in einem Kodizill angegeben werden, sofern dies der Testator im Testamente sich vorbehalten hat, l. 77. de hered. inst. (28, 5), l. 10. pr. de condit. instit. (28, 7), so wie

denn auch die in einem Kodizill vorkommende Erklärung, daß ein eingesetzter Erbe unwürdig sei, die Wirkung hat, daß dessen Portion dem Fiskus zufällt, l. 4. C. de his, quib. ut indign. (6, 35). Daß ein Soldat auch in einem Kodizill rechtskräftig instituiren darf, kann begreiflich gar nicht als wahre Ausnahme unsrer Regel angesehen werden, l. 36. pr. de test. milit. (29, 1). Vgl. überhaupt Fein XLIV. S. 75 fgg., Mayer §. 16. Wenn neuerlich Kräwel im ziv. Arch. XLIII. S. 58 fgg. auszuführen versucht hat, daß dann, wenn der Erblasser ausdrücklich in seinem Testamente erkläre, „spätere Verfügungen sollten als integrirende Theile seines Testaments angesehen werden" auch Erbeinsetzungen und Enterbungen in Kodizillen angeordnet werden könnten: so dürfte er für diese neue Lehre — die er mit Unrecht als die in der früheren Doktrin und Praxis herrschend gewesene ansieht — schwerlich Anhänger finden; vgl. dagegen auch Chop ebendas. XLIV. S. 311 fgg. und Windmüller ebendas. XLV. S. 341 fgg.

II. Die Intestat-Kodizille unterscheiden sich von den testamentarischen wesentlich dadurch, daß die erstren ganz selbstständig sind („nihil desiderant, sed vicem testamenti exhibent"), l. 16. h. t., vgl. Fein XLIV. S. 305 fgg., während die letztren als ein Accessorium des Testaments aufgefaßt werden müssen, und mit demselben stehen, fallen und wieder aufleben, einerlei, ob sie confirmati sind oder nicht, l. 3. §. 2. h. t. („Testamento facto, etiamsi in eo condicilli confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit"), l. 14. eod. („— — quod codicilli pro parte testamenti habeantur, observationemque et legem juris inde traditam servent"), l. 16. eod. („codicilli — — testamento facto jus sequuntur ejus"); Fein XLIV. S. 145 fgg., Mayer §. 21. Damit hängt auch die wichtige Regel zusammen, daß die in einem testamentarischen Kodizill getroffenen Dispositionen so zu beurtheilen sind, als wären sie in dem Testamente gemacht, l. 2. §. 2. h. t.:

Julian. „Codicillorum jus singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent",

vgl. Fein XLIV. S. 232 fgg., so daß z. B. wenn der Testator seinem Sklaven im Testamente sine libertate ein Legat hinterließ, ihm aber später in einem Kodizill auch die Freiheit gab, das Vermächtniß vollkommen giltig war, „quasi ab initio constiterit legatum", l. 8. §. 5. h. t., und wenn ein in einem Kodizill freigelassener Sklave zwar zur Zeit des Kodizills dem Erblasser gehörte, aber nicht auch zur Zeit des früher errichteten Testaments, die Freilassung nicht als eine direkte, sondern nur als eine fideikommissarische zu Recht bestehen konnte, l. 2. §. 2. h. t. Der umgekehrte Fall muß konsequent dahin entschieden werden, daß die Freilassung allerdings als direkte gilt, vorausgesetzt natürlich, daß der Sklave zur Todeszeit wieder in dem Eigenthum des Erblassers stand, und gewiß war dies auch die Entscheidung Julian's in l. 2. §. 2. cit., wo das *non* vor recte libertas directa datur getilgt werden muß, *Cujac.* ad Afric. tract. II. ad l. 15. de jure codic. (opp. I. p. 1268), cf. Schult. et Smallenb. ad l. 2. §. 2. cit. (tom. V. p. 177), Fein a. a. O. S. 242 fgg., Mayer §. 22. Not. 2. Doch kann jene Regel (welche von Fein als „kodizillarrechtliche

Fiktion" bezeichnet wird) aus begreiflichen Gründen überall dann nicht zur Anwendung kommen, wenn in der Zwischenzeit zwischen dem Testamente und dem Kodizille Veränderungen in blos faktischen Zuständen vorkommen, indem hier immer der faktische Zustand, wie er im Augenblicke der Errichtung des Kodizills besteht, die Grundlage für die Beurtheilung desselben sein muß, vgl. Fein S. 256 fgg. Hiervon kommen folgende Anwendungen vor:

1) Ueberall, wenn es sich darum handelt, die wahre Willensmeinung des Kodizillanten zu ermitteln, müssen die Grundlagen einer solchen Auslegung immer nur aus der Zeit entnommen werden, in welcher der Kodizill errichtet worden ist,

> *Marcian.* l. 7. §. 1. h. h. t.: „Praeterea in illis, quae non juris sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si, ubi confirmatio, scriptum fuisset, veluti si ita in codicillis scriptum erit, *vestem, quae mea est,* codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item *si Titius vivus est,* vel: *si tot annis est,* codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandum". Cf. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. (tom. V. p. 179), Roßhirt, Verm. I. S. 9 fgg.

2) Wenn Jemand, welcher zwar zur Zeit der Testaments-Errichtung die testamenti factio hat, dieselbe später verliert, und in diesem Zustand einen Kodizill macht, so ist dieser ungiltig, wenn auch das Testament selbst rechtsbeständig bleibt, l. 7. pr. h. t. Wenn jedoch der Erblasser in einem solchen Falle noch vor seinem Tode die Testaments-Fähigkeit wieder erlangt, und in Folge davon auch das testamentum irritum factum, sei es jure postliminii oder durch eine wirksame bon. poss. secundum tabulas wieder zu Kräften kommt, so soll auch der Kodizill giltig werden, l. 8. §. 3. h. t., l. 12. §. 5. de captiv. (49, 15). Vgl. auch Fein XLIV. S. 53 fgg.

3) Wenn bei einer Kodizillar-Disposition, abgesehen von der testamenti factio, besondre persönliche Eigenschaften oder Zustände des Erblassers von Einfluß sind, so kommt blos und allein die Zeit des Kodizills in Betracht. Gesetzt, der Testator war zur Zeit, wo er das Testament errichtete, insolvend, oder er war damals noch keine 20 Jahr alt, zur Zeit aber, wo er den Kodizill macht, ist dies anders geworden, so ist die in dem Kodizill vorkommende Freilassung vollkommen giltig, obwohl sie, wenn sie im Testamente vorgekommen wäre, von Anfang an nichtig gewesen sein würde, l. 4. h. t., l. 1. C. de test. manum. Eben so werden, wenn Jemand als Soldat ein Testament, später als Nichtsoldat einen Kodizill gemacht hat, auf diesen letztren, ungeachtet etwaiger testamentarischer Konfirmation, nicht die Privilegien des Soldatentestaments angewendet, und so findet namentlich an den in solchem Kodizill hinterlassenen Vermächtnissen Abzug der Falzidischen Quart Statt, l. 17. §. 4. de testam. militis (29, 1), und wenn Jemand umgekehrt als paganus ein Testament, aber als miles einen Kodizill errichtet hat, so gelten für den letztern die Privilegien des Soldatentestaments, l. 8. §. 4. h. t., l. ult. ad leg. Falcid. (35, 2).

4) Endlich sind auch die subjektiven Voraussetzungen in der Person des Honorirten und des Onerirten nach dem Zeitpunkt zu beurtheilen, in welchem der Kodizill errichtet wird. So kann z. B. Jemanden, der im Augenblicke der

Testamentserrichtung noch nicht geboren ist, wohl aber zur Zeit der Kodizillarverfügung, giltig ein Vermächtniß hinterlassen werden, l. 2. pr. h. t., und wenn umgekehrt der Vermächtnißnehmer zur Zeit des Kodizills schon todt war, so gilt das ganze Vermächtniß für nicht geschrieben, obwohl derselbe zur Zeit des Testaments noch lebte, l. 2. §. 1, l. 6. §. 4, l. 14. pr. h. t. Eben so ist auch das ganze Vermächtniß dann ungiltig, wenn der Testamentserbe im Augenblicke der Kodizillar-Verfügung schon weggefallen ist, und es also an einem Onerirten fehlt, über welchen Fall interessante Erörterungen in l. 14. und l. 15. h. t. vorkommen, vgl. bes. Cujac. ad Afric. tract. II. ad l. 15. cit. (opp. I. p. 1269 sqq.) und Fein a. a. O. S. 263 fgg., s. auch Roßhirt, Verm. I. S. 13 fgg.

III. In den bisher dargestellten Beziehungen stehen sich alle testamentarischen Kodizille ganz gleich, mögen sie confirmati sein, oder non confirmati. Darin aber unterscheiden sich diese beiden Arten wesentlich, daß in den erstren alle Arten letztwilliger Verfügungen, welche nicht nothwendig ein Testament voraussetzen (s. oben Nro. I), vorkommen können, wie namentlich eigentliche Legate, Gai. II. 270, Ulp. XXV. 8, §. 10. J. de fideic. libert. (2, 23), direkte testamentarische Freilassungen, l. 43. de manum test. (40, 4) und Vormundschafts-Ernennungen l. 3. pr. de test. tut. (26, 2), l. 1. §. 1. de confirm. tut. (26, 3), während alle diese genannten Dispositionen in nichtbestätigten Kodizillen nicht möglich sind, indem da nur fideikommissarische Verfügungen getroffen werden können, Gai. II. 270. 273, Ulp. XXV. 4. 8, Paul. IV. 1. §. 10, §. 10. J. de fideic. libert., §. 2. J. h. t. Durch die von Justinian bewerkstelligte exaequatio legatorum et fideicommissorum ist hieran natürlich so viel geändert worden, daß jetzt Vermächtnisse aller Art auch in nichtbestätigten Kodizillen giltig hinterlassen werden können, während es im Uebrigen, namentlich in Betreff der tutoris datio, noch bei dem früheren Rechte verbleibt (vgl. auch oben Bd. I. §. 264. 265); vgl. überhaupt Fein XLIV. S. 199 fgg. Wenn übrigens eine, wenigstens früher, sehr verbreitete Praxis, besonders auf die Auktorität der beiden Böhmer, auch noch den andren wichtigen Unterschied zwischen konfirmirten und nichtkonfirmirten Kodizillen annimmt, daß bei den erstren keine besondren Formen der Errichtung nöthig seien, weil die Testaments-Solennien auch auf solche Kodizille bezogen werden müßten, vgl. bes. *J. H. Böhmer*, de codicillis absque testibus validis; in Exercitt. ad Pand. tom. V. nr. 78, und *G. L. Böhmer* in der praef. dazu §. 14: so läßt sich diese Ansicht gewiß nicht vertheidigen. Wenn nämlich dafür besonders angeführt wird, daß ja solche Kodizille als Theil des Testaments anzusehen seien, l. 2. §. 2, l. 14. pr. h. t., worin von selbst liege, daß die Formalien des Testaments auch für sie gelten müßten, so ist diese Behauptung schon darum irrig, weil jene Quellenaussprüche sich gar nicht blos auf konfirmirte, sondern auf alle testamentarischen Kodizille überhaupt beziehen, und also blos die bei Nro. II. entwickelte Bedeutung haben, daß alle testamentarischen Kodizille gleichsam ein Accessorium des Testaments sind. Hätten aber wirklich auch jene Aussprüche eine ausschließliche Beziehung auf konfirmirte Kodizille, so daß damit etwas Charakteristisches gerade für diese angegeben sein sollte, so dürfte dies doch unmöglich auf die Formen bezogen werden, da ja bekanntlich zur Zeit der

Pandektenjuristen alle Kodizille ganz formlos waren, sondern die einzig mögliche Bedeutung jenes Satzes könnte dann nur die sein, daß konfirmirte Kodizille materiell insofern als Theil des Testaments zu betrachten seien, als darin solche Bestimmungen getroffen werden dürfen, die eigentlich ein Testament voraussetzen. Für die Solennitäten bei der Errichtung ist vielmehr allein maaßgebend die Verordnung von Theodos in l. 8. §. 3. C. h. t. (T. 3): „In *omni* ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes debent adhiberi", deren Wortlaut und Geist sich gleichmäßig auf konfirmirte, wie nichtkonfirmirte Kodizille bezieht. Fast unbegreiflich aber ist es, wenn man sich für die gegnerische Ansicht auch noch auf l. 1. C. Th. de test. et codicill. (4, 4) berufen hat, indem ja da ausdrücklich nur bei solchen Kodizillen Zeugen verlangt würden, „quos testamentum non praecedit", denn augenscheinlich gehen diese Worte keineswegs auf nichtkonfirmirte Kodizille im Gegensatze der konfirmirten, sondern vielmehr auf die codicilli ab intestato im Gegensatze der testamentarischen; denn während früher alle Kodizille formlos waren, änderte dies Konstantin in der ang. Verordnung in Beziehung auf Intestatkodizille ab, was dann erst von Theodos in der l. 8. cit. auch auf testamentarische ausgedehnt wurde. Wenn man sich endlich für die hier bekämpfte Meinung sogar auf §. ult. J. h. t.: „Codicillos autem etiam plures quis facere potest, *et nullam solennitatis ordinationem desiderant*", berufen hat, indem man die unterstrichenen Worte auf codicilli confirmati bezog, so ist dies augenscheinlich willkührlich, indem der Kaiser hier von Kodizillen überhaupt, nicht aber von einer einzelnen Spezies derselben redet, und der Sinn jener Worte kann demnach nicht wohl ein andrer sein, als daß bei Kodizillen keine solennen Worte und Wortstellungen zu beobachten seien, vgl. auch *Theoph.* ad h. l. S. überhaupt *Dunius* cit. p. 184 sqq., Roßhirt, Verm. II. S. 22 fgg., Fein XLV. S. 95 fgg., Mayer §. 22. Not. 9, Archiv für prakt. Rw. III. S. 134 fgg., Ivhofen in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. N. F. V. S. 319 fgg. Vgl. auch Seuffert's Arch. I. 102. 358, II. 314, IX. 52. Wenn jetzt Krämel in der oben angef. Abh. S. 78 fgg. zwar im Allgemeinen einräumt, daß auch bei bestätigten Kodizillen die gesetzliche Form beobachtet werden müsse, davon aber dann eine Ausnahme statuiren will, wenn der Erblasser in seinem Testamente sich ausdrücklich von der Beobachtung dieser Form selbst dispensirt habe: so bedarf dies gewiß keiner besondren Widerlegung; vgl. dagegen auch Chop a. a. O. S. 335 fgg. und Windmüller a. a. O. S. 361 fgg. — Bei der eben behandelten Streitfrage hat man regelmäßig nur codicilli *in futurum* confirmati im Auge. Daß alle diejenigen, welche für diese keine Formen verlangen, dasselbe auch im Falle der confirmatio *in praeteritum* annehmen, versteht sich von selbst. Aber auch diejenigen, welche für die dem Testamente nachfolgenden Kodizille die oben vertheidigte richtigere Theorie vertheidigen, sind in Betreff der formlosen Kodizille, welche in einem nachfolgenden Testamente bestätigt worden sind, keineswegs unter einander einverstanden. Am Weitesten geht Fein XLV. S. 131 fgg., indem er ohne Beschränkung die volle Wirksamkeit einer solchen confirmatio behauptet, weil dieselbe eine rechtsgiltige repetitio sei, wodurch auch legata inutilia volle Geltung erlangen müßten, l. 19. h. t.; es könne demnach unbedenklich der Erblasser in seinem Testamente „alle bisher von ihm errichteten Kodizille" bestätigen, und wenn dies geschehen

sei, so komme es durchaus auf keine Form an, sondern der in einem solchen Kodizille Honorirte habe nichts weiter zu beweisen, als daß derselbe wirklich von dem Erblasser und zwar vor dem Testamente, errichtet sei. Puchta, Lehrb. §. 523. und Vorl. ad h. l. will dagegen die Konfirmation eines formlosen Kodizills nur dann gelten lassen, wenn auch der Inhalt desselben durch das Testament beglaubigt werde, wie namentlich, wenn der bestätigte Kodizill so genau bezeichnet sei, daß über seine Identität kein Streit entstehen könne. Sintenis endlich (Bd. III. §. 208. Anm. 7) spricht auch in diesem Falle der confirmatio alle Kraft ab, und will dieselbe nur dann etwas wirken lassen, wenn und wieweit der Inhalt des Kodizills in das Testament selbst übergegangen sei, wo es denn freilich des Kodizills gar nicht bedürfe. Ich trete entschieden dieser letztren Ansicht bei. Die gesetzlichen Formen für letztwillige Dispositionen haben augenscheinlich nur den Zweck, um den Inhalt derselben gegen Fälschungen, Unterschiebungen u. dgl. möglichst sicher zu stellen („ut testantium successiones sine aliqua captione serventur", l. 1. C. Th. de test. et cod. (4, 4), „ne quid falsitatis incurrat", „ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur", l. 32. C. de fideic. (6, 42), und es versteht sich daher m. E. ganz von selbst, daß auch gerade dieser Inhalt in der gesetzlichen Form ausgesprochen sein muß, und eine blose Verweisung auf eine anderweite formlose Disposition, aus welcher dieser Inhalt zu entnehmen sei, niemals genügen kann, mag diese Verweisung in der Gestalt einer repetitio oder einer confirmatio erfolgen; durch die Zulassung solcher Verweisungen würde offenbar der wesentliche Zweck der gesetzlichen Formvorschriften vollständig vereitelt.

b) Insbesondre von der Kodizillarklausel. §. 527.

Chiflet., de jure fideic. lib. III. c. 1 sqq. (in *Otto*, thes. V. p. 817 sqq.), *Stryk*, de clausula codicillari, Frcf. 1670. (in diss. tom. I. no. 18), *Hellfeld*, de effectu claus. codic. testamento, quod rumpitur, adjectae (in opusc. et diss. jur. civ. priv. no. XVIII), *Tauchert*, de claus. codic. Hal. 1822. *Sickel* (praes. *Einert*), de vi clausulae codic. in test. nullo. Lips. 1829, Roßhirt, Verm. I. S. 45 fgg., Fein, Komm. XLV. S. 184 fgg., Mayer a. a. O. §. 23 fgg., Heimbach im Rechtslex. X. S. 989 fgg., Vering, Erbr. S. 704 fgg.

Anm. 1. Die Behauptung, daß die Kodizillarklausel, auch wenn sie nicht im Testamente zugefügt sei, doch subintelligirt werden müsse, vgl. bes. *Alef*, de otio clausulae codicillaris in quovis testamento Heidelb. 1750. (auch in Dieb. acad. nr. 23) und die da p. 9 sqq. Angeff., läßt sich weder mit den allgemeinen Grundsätzen über Konversion eines Rechtsgeschäfts (vgl. oben §. 101 und s. jetzt auch Römer im ziv. Arch. XXXVI. S. 66 fgg.), noch auch mit den speziellen, die Kodizillarklausel betreffenden Gesetzen vereinigen, vgl. bes. *Papinian.* in l. 41. §. 3. de vulg. et pup. subst. (28, 6):

„— -- Quae ita locum habent, si patris testamentum jure valuit; alioquin, si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, *nisi hoc expressum sit*";

s. auch l. 29. qui test. fac. poss. (29, 1), l. 1, l. 13. §. 1. h. t., l. 11. §. 1. de leg. III, l. 8. §. 1. C. h. t., l. 29. C. de fideic. (6, 42), l. 11. C. de test. manum. (7, 2). Wenn *Alef* cit. cap. 8. alle diese klaren und bestimmten Aussprüche dadurch beseitigen will, daß er dabei Fälle supponiren will, in denen der Wille des Erblassers beweislich gemacht werden könne, daß er gerade nur ein Testament, und keines Falls einen Kodizill errichten wolle, also Fälle, in denen ausdrücklich oder stillschweigend die Kodizillarklausel vom Testator ausgeschlossen sei: so bedarf es in der That nur einer unbefangenen Betrachtung dieser Gesetze, um eine solche Auslegung als unhaltbar zu erkennen. Die Gesetze, welche dagegen *Alef* cit. cap. 2. no. 19 sqq. für seine Ansicht anführt, sind in der That unbeweisend. Vorzüglich beruft er sich auf Ulpian in l. 3. de test. militis (29, 1):

„Si miles, qui destinaverat communi jure testari, ante defecerit, quam testaretur, Pomponius dubitat. Sed cur non in milite diversum probet? neque enim, qui voluit jure communi testari, statim beneficio militari renunciavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia. Sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagani solent, quum testamentum faciunt per scripturam, adjicere [Hal.: quum testamentum faciunt, per scripturam adjicere], velle hoc etiam vice codicillorum valere, nec quisquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse: nam secundum nostram sententiam etiam D. Marcus rescripsit".

Augenscheinlich wolle hier der Jurist den Satz, daß, obwohl ein Soldat jure communi zu testiren beabsichtige, dessen letzter Wille dennoch jure militari erhalten werde, ohne daß dazu irgend eine Klausel erforderlich sei, dadurch besonders bekräftigen, daß er an den ganz ähnlichen Fall erinnere, wenn ein Nichtsoldat ein Testament zu machen beabsichtige, und dieses als Kodizill erhalten werde. Sollte aber wirklich eine Aehnlichkeit unter beiden Fällen sein, und sollte also Ulpian bei Zusammenstellung dieser beiden Fälle nicht einer großen Absurdität sich schuldig gemacht haben, so müsse man nothwendig annehmen, daß auch im letztren Falle keine besondre Klausel dazu nöthig sei, um das Testament als Kodizill aufrecht zu erhalten. Wer hier anders sage, und also die Kodizillarklausel für nöthig halte, „ineptias ne puero quidem dignas, perspicacissimo Ulpiani ingenio ineptissimus ille affricare conatur!" Offenbar hat aber Alef den Gedankengang Ulpian's ganz mißverstanden. Die Frage war die: ob, wenn ein Soldat zwar die Absicht hat, nach gemeinem Rechte zu testiren, darnach aber sein Testament nicht zu Recht bestehen kann, dasselbe nicht wenigstens als testamentum militare gelte? Nun ist es bekannt, daß bei einem Soldatentestamente nur der Wille des Testators entscheidet, ganz unabhängig von sonstigen Fesseln des jus commune; und demnach war für die Bejahung jener Frage nur der Beweis nöthig, daß es für eine solche Aufrechthaltung nicht an dem Willen des Testators fehle. Um diesen Beweis zu führen, daß es an einem

solchen Willen und Wunsche des Testators, sein Testament in jeder möglichen Weise aufrecht zu erhalten, wohl nicht fehle, beruft sich nun Ulpian neben andren Sätzen, die dies a priori darzuthun bestimmt sind, auch auf den aus der römischen Praxis entnommenen Erfahrungssatz, daß ja den bei Weitem meisten Testamenten die Kodizillarklausel zugefügt werde, was eben nur aus dem Streben der Testatoren entspringe, ihren letzten Willen in jeder möglichen Weise aufrecht zu erhalten. Daß nach dieser unleugbar richtigen Auffassung die l. 8. cit. nicht nur kein Argument gegen, sondern vielmehr einen starken Beweis für unsre Ansicht enthält, leuchtet von selbst ein. — Wenn sich Alef auch noch auf l. 88. §. ult. de leg. II. beruft, so ist dies darum unstatthaft, weil da in den Worten: „et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas“ eine zwar nicht kunstmäßig, aber deutlich genug ausgedrückte Kodizillarklausel enthalten ist, und die l. 76. ad SC. Trebell., die Alef ferner noch anführt, spricht nur den Satz aus, daß eine in einem Kodizill vorkommende Pupillarsubstitution in Folge einer benigna interpretatio als Fideikommiß angesehen werden solle, ein Satz, der höchstens nur eine entfernte Analogie für die Alef'sche Behauptung begründen, aber dieselbe niemals, und am Wenigsten gegen die oben angeführten klaren Gesetze beweisen könnte, da von einer Konversion hier offenbar gar nicht die Rede ist. Vgl. auch überhaupt *Chiflet* cit. c. 2. 3. und insbesondre gegen Alef, *Löhlein*, de otio clausulae codicillar. etc. Herbip. 1750, *Schorch*, diss. qua claus. codicill. praesumtam non dari ostenditur. Erf. 1763, Fein a. a. O. S. 191 fgg., Mayer §. 23. Not. 4 fgg. — Uebrigens kommen von der hier vertheidigten Regel Ausnahmen vor bei dem testamentum *parentum inter liberos*, l. ult. C. fam. herc. (3, 36), cf. l. 1. C. Th. fam. herc. (2, 24), Fein a. a. O. S. 227 fgg., bei dem s. g. testam. *posterius imperfectum* (s. oben S. 204 fgg. und jetzt auch Fein a. a. O. S. 237 fgg.), und endlich in einem speziellen, für uns unpraktischen Fall in favorem libertatis, l. 38. de fideic. libert. (40, 5), während die weiteren oft noch angeführten Ausnahmen bei dem testamentum militare und bei dem testam. ad pias causas gewiß unbegründet sind, vgl. Fein a. a. O. S. 252 fgg.

Anm. 2. Die Frage, welche Mängel eines Testaments durch die Kodizillarklausel geheilt werden können? muß der Natur der Sache nach durch folgenden einfachen Grundsatz beantwortet werden: derjenige letzte Wille, welcher giltig sein würde, wenn der Testator von vornherein die Errichtung einer Kodizillar-Disposition beabsichtigt hätte, wird durch die Kodizillar-Klausel als Kodizill aufrecht erhalten, obwohl der Testator eigentlich die Errichtung eines Testaments beabsichtigte. M. a. W. wenn die Honorirten auf die Kodizillarklausel rekurriren, so ist nun Alles so zu beurtheilen, wie wenn der Testator von Anfang an blose Kodizillar-Dispositionen beabsichtigt hätte. Dadurch erledigen sich viele Punkte von selbst, wie sich denn z. B. namentlich daraus ergibt, daß jene Klausel ganz unwirksam sein muß, wenn es dem Testirer an der aktiven, oder den Honorirten an der passiven testamenti factio fehlt, wenn der Inhalt des Testaments dunkel oder unbestimmt ist, u. dgl. m. Einige streitige Punkte sollen hier noch etwas näher in's Auge gefaßt werden:

1) Ob die Kodiz. Klausel wirksam sein könne, wenn das Testament aus Gründen des Notherbenrechts hinfällig ist, darüber herrscht auch noch h. z. T. Streit.

a) Für den Fall, wenn das Testament als inoffizios erscheint, behaupten freilich ältere wie neuere Juristen fast einstimmig (vgl. auch noch Mayer §. 25. Not. 7 fgg.) die völlige Unwirksamkeit unsrer Klausel, und man beruft sich dafür auf l. 13. de inoff. test. (vgl. oben S. 270) und auf l. 36. de legat. III:

> Apud *Scaevolam* libr. XVIII. Dig. Claudius notat: „Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideo nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet".

In beiden Stellen ist aber nur gesagt, daß dann, wenn ein Testament durch die *querela inofficiosi testamenti* wirklich reszindirt worden ist, der Sieger die in demselben ausgesetzten Vermächtnisse, ungeachtet zugefügter Kodizillarklausel, nicht zu entrichten braucht, weil dieselben „quasi a demente data" angesehen werden müssen. Unsre Frage ist aber vielmehr die: wie es sich verhalte, wenn einem Testamente, in welchem Pflichttheilsberechtigte übergangen sind, die Kodiz. Klausel beigefügt ist, und die eingesetzten Erben sich von vorneherein für die Geltendmachung dieser Klausel erklären? und auf diese Frage muß m. E. die Antwort unbedenklich dahin gehen, daß die Kodizillarklausel vollkommen wirksam ist, und in Folge davon der übergangene Pflichttheilsberechtigte an alle in dem testam. inofficiosum enthaltenen Dispositionen ganz eben so gebunden ist, als wenn der Testator dieselben gleich von Haus aus in einem Intestat-Kodizill getroffen hätte. Wäre dies aber geschehen, hätte also der Erblasser in einem reinen Intestatkodizill seine nächsten Intestaterben durch Anordnung von Universal- oder Singular-Vermächtnissen so belastet, daß ihnen wenig oder nichts übrig bleiben würde: so fallen deßhalb diese Kodizillar-Dispositionen doch keineswegs vollständig zusammen, sondern dieselben werden nur soweit gekürzt, daß der Pflichttheilsberechtigte seine Falzidia und seinen Pflichttheil frei hat. Und genau dasselbe muß also auch unzweifelhaft angenommen werden, wenn der Erblasser zwar principaliter ein Testament zu errichten beabsichtigte, die eingesetzten Erben aber auf die darin enthaltene Kodizillarklausel rekurriren. Die oben angeführten Gesetze stehen aber dieser Entscheidung offenbar nicht entgegen, denn durch die Berufung der Honorirten auf die Kodizillarklausel fällt der Begriff eines testamentum inofficiosum und die Möglichkeit der querela inoff. test. von selbst hinweg, und auch von dem color insaniae und dessen Folgen kann begreiflich keine Rede sein; vgl. auch Fein a. a. O. S. 344 fg.

b) Wenn das Testament nichtig ist, sei es nach altem Rechte wegen Präterition eines Suus (und ganz so ist auch ohne Zweifel der Fall zu entscheiden, wenn von einem präterirten Emanzipatus eine bon. poss. contra tabulas gebraucht werden kann, was Mayer §. 25. lit. c. ohne genügenden Grund in Abrede stellt), oder nach dem Rechte der Nov. 115, oder wenn ein Testament durch agnatio postumi rumpirt ist: so hat sich die herrschende Lehre

von jeher dafür ausgesprochen, daß die Kodizillarklausel wirksam sei, wobei nur natürlich die verschiedenen Ansichten über das Rechtsmittel aus der Nov. 115. nicht ohne Bedeutung sein konnten, vgl. *Hellfeld* cit. §. 26. §. 35 sqq., Francke, Recht der Notherben §. 33. und die da in Not. 4. Zitt., Roßhirt, Verm. I. S. 48 fgg., S. 54 fgg., Degener in Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 403 fg., Strippelmann, Entsch. d. O. A. G. zu Kassel II. S. 334 fgg., Sintenis, pr. Zivilr. III. §. 208. Anm. 10, Mayer §. 25; s. auch Seuffert's Arch. III. 355, V 205, VII. 70, X. 274. Unbestritten war freilich diese Ansicht niemals, und auch noch neuerlich hat Mühlenbruch, Komm. XXXVII. S. 368 fgg., dem auch z. B. Puchta, Lehrb. §. 534. Not. I. beistimmt, dieselbe bekämpft, wie ich glaube, mit Unrecht. Mühlenbruch argumentirt so: „Auch noch im neuesten Rechte besteht die Nothwendigkeit einer förmlichen Einsetzung oder Ausschließung der Notherben. Durch Kodizille können aber weder Erbeinsetzungen noch Enterbungen verfügt werden, und die Konsequenz erfordert, daß eine Wirkung, welche sich durch Kodizille überhaupt nicht erreichen läßt, auch durch die Kodizillarklausel nicht möglich wird". Offenbar ist aber bei dieser Argumentation übersehen, daß jene Nothwendigkeit einer förmlichen Bedenkung schlechthin nur dann eintritt, wenn der Erblasser auch wirklich als testatus versterben soll, daß aber dann keine Rede davon sein kann, wenn derselbe als intestatus und mit Hinterlassung bloser Kodizille verstirbt. Nun ist ja aber, wenn die in dem Testamente Honorirten auf die Kodiz. Klausel rekurriren, das ganze Verhältniß so zu beurtheilen, wie wenn gar kein Testament, sondern blose Intestatkodizille errichtet worden wären, und dabei sind jene formellen Notherben-Rücksichten gar nicht zu nehmen. Für diese Ansicht spricht denn auch sehr bestimmt die l. 24. §. 11. de fideic. libert. (40, 5).

> „Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum esse constitit, neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, *quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit,* satis constat",

denn daß die unterstrichenen Worte blos von einer Kodizillar-Klausel verstanden werden können, daß also die Wirksamkeit dieser Klausel auch im Falle eines testam. ruptum durch diese Stelle unzweideutig anerkannt wird, scheint mir unzweifelhaft, und ich begreife nicht, wie Mühlenbruch S. 373. es wahrscheinlicher finden kann, daß Ulpian vielmehr an einen eigentlichen codicillus ab intestato gedacht, und also nur habe sagen wollen „wenn gleich ein durch agnatio postumi rumpirtes Testament allen seinen Bestimmungen nach ungiltig wird, so werden doch blose Intestatkodizille von einem Postumus überall nicht rumpirt", vgl. l. 3. §. 1. de jure codicill. Ulpian redet so deutlich wie möglich nur von Freilassungen, welche in einem rumpirten Testamente vorkommen, und von diesen, in einem solchen Testamente enthaltenen Freilassungen sagt er, dieselben seien ungiltig wenn der Testator nicht etwa auch (quoque) die Intestaterben damit onerirt habe. Muß man aber hiernach einräumen, daß die Kodizillarklausel bei einem testam. ruptum wenigstens insofern als wirksam anerkannt werde, daß darin vorkommende Freilassungen und Vermächtnisse dadurch erhalten werden, so würde es in hohem Grade inkonsequent sein, die

übrigen Wirkungen einer solchen Klausel, also namentlich Erhaltung der direkten Erbeinsetzungen in der Gestalt von fideikommissarischen, nicht eintreten zu lassen. Fein a. a. O. S. 323 fgg. ist mit der vorhergehenden Deduktion zwar insofern einverstanden, daß auch er die Argumentationen von Mühlenbruch für verfehlt erklärt (S. 354 fg.), aber auf einem andren Wege gelangt er doch im Wesentlichen zu demselben Resultate, wie Mühlenbruch. Er beruft sich nämlich (S. 325 fgg.) auf zwei, seiner Meinung nach bei unsrer Lehre mit Unrecht bisher ganz ignorirte Gesetzesstellen, nämlich auf l. 2. de legat. III. und l. 31. C. de fideic. (6, 42), in denen übereinstimmend gelehrt werde, daß ein Fideikommiß, welches der Erblasser einem präterirten Notherben aufgelegt habe, von demselben nicht entrichtet zu werden brauche. Da hiernach der Erblasser den Notherben nicht einmal ausdrücklich für den Fall, daß derselbe als Intestaterbe eintrete, mit einem Vermächtniß belasten könne, so sei dies natürlich auch nicht durch Hinzufügung der Kodizillarklausel möglich, und diese Klausel könne also nur für solche Intestat-Erben Wirksamkeit äußeren, welche entweder gar kein Notherbenrecht hätten, oder doch von dem Erblasser in dieser Beziehung nicht verletzt seien; aus dieser letztren Bemerkung erkläre sich denn auch genügend die l. 24. §. 11. de fideic. libert., indem da vorausgesetzt werden müsse, daß neben der präterirten postuma auch noch andre nicht übergangene Intestaterben vorhanden seien, für welche dann allerdings die Kodiz. Klausel wirksam sein müsse. M. E. liegt hier ein Mißverständniß zu Grunde. Beide von Fein angeführte Stellen sprechen nämlich nur den allerdings sehr natürlichen Gedanken aus, daß ein präterirter suus oder emancipatus nicht für den Fall wirksam onerirt werden könne, wenn er auf Grund seiner Präterition, also contra judicium patris durch die s. g. querela nullitatis oder bon. poss. contra tabulas zur Erbfolge gelangen sollte. Daß aber hieraus kein Schluß auf den Fall gemacht werden kann, wenn der Erblasser die Kodiz. Klausel seinem Testamente beigefügt hat, scheint mir unzweifelhaft. Wenn nämlich das Letztre geschehen ist, und die eingesetzten Erben rekurriren auf diese Klausel, so kann ja von präterirten Notherben gar nicht mehr die Rede sein; dieselben sind vielmehr so aufzufassen, wie wenn der Erblasser sie gleichsam eingesetzt hätte, und die l. 2. und l. 31. cit. können also gewiß nicht der Rechtsgiltigkeit der in dem Intestatkodizill getroffenen fideikommissarischen Dispositionen entgegenstehen. Wie sehr für diese Ansicht die l. 24. §. 11. cit. streitet, ist schon oben angedeutet worden, und es bedarf wohl keiner besondren Ausführung, daß die vorher angeführte Interpretation von Fein, von welcher er selbst sagt, daß sie als divinatorisch bezeichnet werden könnte (S. 337 a. E.), nur ein Nothbehelf ist, um einen angeblichen, in der That aber gar nicht vorhandenen Widerstreit der Gesetze zu beseitigen. — Der herrschenden, auch von uns vertheidigten Meinung wird aber von den Meisten eine Ausnahme beigefügt, die zwar nicht unmittelbar durch Gesetze, wohl aber durch gute innere Gründe und durch gesetzliche Analogieen unterstützt wird. Man lehrt nämlich gewöhnlich (vgl. z. B. *Hellfeld* cit. §. 37, Francke und Roßhirt an den angeff. Orten, und die von diesen Schriftstellern Zitt., und bes. noch Mayer §. 26 fg.), daß dann, wenn der Testator irrthümlich einen Notherben präterirt, er also z. B. an denselben gar nicht gedacht

habe — ein Fall, der insbesondre bei Postumi leicht vorkommen kann —, die Kodizillarklausel propter defectum voluntatis nicht wirksam werden könne; denn wollte man hier das Testament in irgend einer Weise aufrecht erhalten, so würde dies ja gewiß gegen die präsumtive Absicht des Testators sein. Als eine sehr nahe liegende gesetzliche Analogie hierfür ist der bekannte Satz anzusehen, daß das Testament eines Soldaten, obwohl dieser seine Notherben giltig übergehen konnte, doch dann ungiltig wird, wenn er irrthümlich einen Postumus präterirt hat, l. 36. §. 2. de test. mil. (29, 1), und gewisser Maaßen kann hierher auch der Satz gezogen werden, daß ein Universalfideikommiß, womit ein Deszendent des Testators onerirt ist, nur dann giltig ist, wenn derselbe ohne Kinder verstirbt, „ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere", l. 30. C. de fideic. (6, 42). Wenn Fein a. a. O. S. 357 fgg. nach dem Vorgang von Faber, error. Pragm. dec. 20. err. 7, einen entscheidenden Gegengrund in l. 3. pr. §. 1. h. t. (29, 7) finden will, so kann ich dem nicht beistimmen, denn in dieser Stelle ist nur die Regel ausgesprochen, daß auch eine postuma die in einem Intestatkodizill angeordneten Vermächtnisse entrichten muß, worneben aber doch recht wohl eine Ausnahme für den, freilich nicht zu präsumirenden Fall eines Irrthums zugelassen werden darf. — Was aber hier in Betreff des Irrthums über die Existenz des Notherben angenommen wurde, das muß, ungeachtet der Einwendungen Mayer's §. 27. a. E., konsequent auch auf einen Irrthum in Betreff eines Enterbungsgrunds angewendet werden, und wenn also der Testirer einen Notherben aus einem unwahren Grunde, den er aber irrig für wahr hielt, enterbt hat, so muß hier gewiß ebenfalls der Kodizillarklausel alle Wirksamkeit abgesprochen werden, vgl. Roßhirt cit. S. 56 fgg.

2) Daß auch dann, wenn das Testament destitutum wird, die Kodizillar-Klausel vollkommen wirksam ist, sollte billiger Weise nicht bezweifelt werden; vgl. auch l. 6. pr. si quis om. causa (29, 4), l. 14. C. de fideic. (6, 42), l. 1. C. de fideic. libert. (7, 6). Zwar wird das Gegentheil von Küstner in einer besondren Dissert. behauptet (de legatis ex test., cui claus. cod. inest, destituto non praetandis. Lips. 1746), aber seine ganze Darstellung beruht auf dem handgreiflichen Irrthum, daß Testamente mit der Kodizillar-Klausel nichts als codicilli *a testato* seien (§. VI), und also mit dem Testamente fallen müßten, l. 16. de jure codic., woraus dann weiter abgeleitet wird, daß die Kodizillarklausel nur in dem einzigen Falle wirksam sein könne, wenn die äußeren Formen des Testaments nicht in voller Ordnung seien (§. VII). Vgl. gegen diese, einer ernstlichen Widerlegung ganz unwürdige Ansicht, *Seger*, vis et facultas claus. cod. testamento destituto. Lips. 1767, *Kind*, quaest. for. tom. I. cap. 68. (ed. 1) und Fein a. a. O. S. 308 fgg.

3) Wenn ein mit der Kod. Klausel versehenes Testament dadurch rumpirt wird, daß der Testirer dasselbe widerruft, so ist die natürlichste Ansicht offenbar die, daß durch einen solchen Widerruf das ganze frühere Testament mit sammt der Klausel aufgehoben werde, und zwar ganz eben so, wenn der Widerruf durch ein neues Testament erfolgt, wie wenn er ohne ein solches vorkommt. Wenn dennoch Manche (z. B. *Berger*, oecon. jur. lib. II. tit. 4. §. 22. not. 9. und

die dort Angeff.) für den erstren Fall das Gegentheil behaupten, indem sie vielmehr eine Umwandlung des früheren Testaments in codicilli testamentarii behaupten, so beruht dies offenbar auf einer zu weit getriebenen, und dem Willen des Testirers gewiß nicht entsprechenden Konsequenz, vgl. auch dagegen *Hellfeld* cit. §. 33, Fein a. a. O. S. 304 fgg.

Anm. 8. Ueber l. 8. pr. §. 2. C. h. t. vgl. Seuffert, einige Bemerkungen gegen die Kodizillarklausel. Würzb. 1828, Fein a. a. O. S. 279 fgg., Mayer §. 23. Not. 14 fgg., Arch. f. prakt. Rechtsw. V. S. 92 fgg., u. s. auch Seuffert's Arch. V. 204, VIII. 71.

2) Von dem s. g. Oralfideikommiß. §. 528.

Justinian. l. 32. (ult.) C. de fideic. (6, 42): Quaestionem ex facto emergentem resecantes, et voluntati mortuorum prospicientes sancimus, si sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto, fideicommissarius elegerit heredis juramentum, vel forsitan legatarii vel fideicommissarii, quoties ab eo relictum est fideicommissum sive universitatis, sive speciale, necesse habere heredem vel legatarium seu fideicommissarium, prius jurejurando de calumnia praestito, vel sacramentum subire et omni inquietudine sese relaxare, vel si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan majorem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subjacere, et eum ad satisfactionem compelli, quum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus, nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis. Sed sive quinque sint testes, sive minores, vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem quam exactionem, sive pater sit, qui fideicommissum dederit, sive extraneus, ut aequitatis ratio communiter in omnes procedat. Quum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium, et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel

quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta? quum et in leges respeximus, quae justis dispositionibus testamentorum omnimodo heredes obedire compellunt, et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime paruerint. — Hiermit ist zu verbinden §. 12. J. de fideic. hered. (2, 23): Et quia prima fideicommissorum incunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, et ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea detraxit, nuper et nos eundem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus, vir excelsus, quaestor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus: si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores, quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit; tunc sive pater heredis, sive alius quicunque sit, qui fidem heredis elegerit et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, quum prius ipse de calumnia juraverit: necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coarctari, ne pereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus, et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, confiteatur quidem a se aliquid relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo solvere cogendus est. — Süptitz, über den Beweis eines dem Fiduziar vom Testator mündlich aufgelegten Fideik. Braunschw. 1804, v. Bülow, Abh. II. No. 10, v. Löhr im ziv. Arch. II. S. 188, Roßhirt, Verm. I. S. 66 fgg., Mayer §. 29, Archiv f. prakt. Rechtsw. III. S. 138 fgg. Die Schrift von Watermeyer, das Oralfideikommiß und dessen Verhältniß zum Erbvertrag. Brem. 1838 enthält keine systematische Darstellung dieser Lehre, sondern die Erzählung eines Rechtsstreits und dabei einzelne, nicht besonders bedeutende Ausführungen.

Anm. Lies't man die beiden abgedruckten Stellen, aus welchen allein die Theorie des s. g. Oralfideikommisses oder *fideicommissum heredi praesenti*

injunctum zu begründen ist, ohne vorgefaßte Meinung, so entsteht folgendes einfache, schon von der Glosse anerkannte Resultat: Will Jemand ein Vermächtniß in Anspruch nehmen, so muß er seinen Anspruch der Regel nach dadurch begründen, daß er einen gehörig geeigenschafteten letzten Willen, Testament oder Kodizill, produzirt, in welchem er in der angesprochenen Weise honorirt ist. Fehlt es aber an einem solchen, so bleibt dem angeblich Honorirten noch der Ausweg, daß er dem angeblich Onerirten den Eid zuschiebt, und dieser wird dadurch in die Alternative versetzt, daß er entweder beschwören muß, der Testator habe ihm die fragliche Auflage nicht gemacht, oder daß er unweigerlich zahlen muß, ohne irgend die Einrede gebrauchen zu dürfen, daß es ja an einem gehörig geeigenschafteten letzten Willen fehle. Ob das in Anspruch genommene Vermächtniß ein singulares oder ein universelles, ob der Onerirte ein direkter Erbe, oder selbst nur ein Vermächtnißnehmer, ob der Testirer ein Aszendent oder ein Extraneus ist, Alles dies soll keinen Unterschied begründen, so wie denn auch dieselben Grundsätze eintreten, wenn zwar nicht die Existenz des Vermächtnisses, sondern nur das Objekt oder die Größe desselben in Frage gestellt wird. Immer kann aber der angeblich Honorirte verlangen, daß der Vermächtnißnehmer vorher den Kalumnieneid abschwöre. Die Einsicht in dieses einfache Sachverhältniß ist aber insbesondre durch zwei sehr verbreitete Irrthümer wesentlich getrübt worden:

1) Sehr viele ältere und neuere Juristen gehen von der Ansicht aus, daß Justinian's Verordnung nur in dem einzigen Falle in Anwendung kommen könne, wenn der Erblasser mündlich dem gegenwärtigen Onerirten seinen Willen mitgetheilt habe, eine Ansicht, welche auch die gebräuchlichen Namen für diese Art der Vermächtnisse herbeigeführt hat, vgl. z. B. noch Thibaut §. 934, Mühlenbruch §. 730, Göschen §. 1001, Witte im Rechtsler. II. S. 681, Mayer a. a. O. Not. 9 fgg., prakt. Arch. a. a. O., Brinz, Lehrb. §. 210. S. 888 fg., s. auch Seuffert's Arch. IV. 66, V. 38. Richtiger ist es aber gewiß, jede Mittheilung an den Onerirten, ohne Rücksicht auf die Art und Weise derselben für genügend zu achten, und wenn also z. B. der Testator seinem Erben in einem eigenhändigen Briefe seinen Willen notifizirt hat, so darf der Honorirte eben so auf die Justinianische Verordnung provoziren, wie wenn der Testator ihm mündlich seinen Wunsch ausgedrückt hätte. Das aber ist freilich immer nöthig, daß der Erblasser seinen Willen dem Onerirten auch wirklich bekannt gemacht hat, und wenn er also z. B. in einem, dem Erben gar nicht mitgetheilten Zettel, der sich nach seinem Tode vorfindet, ein Vermächtniß ausgesetzt hat, so braucht dieses der Erbe nicht anzuerkennen, sollte er auch von der Authentizität jenes Zettels vollkommen überzeugt sein; vgl. auch Seuffert's Arch. II. 315, VIII. 72, IX. 52, XIV. 150. Durch diese letztre Bemerkung beseitigt sich auch von selbst der Einwand, welchen Mühlenbruch cit. Not. 8. unsrer Ansicht entgegenhält, daß danach das alte formlose Kodizillarrecht im Wesentlichen als wiederhergestellt erscheine. — Die Argumente, welche man für die Nothwendigkeit gerade der mündlichen Mittheilung anzuführen pflegt, sind schwerlich entscheidend. Zunächst beruft man sich nämlich auf die gleich im Eingang vorkommenden Worte, wo ja die Voraussetzung der neuen Verordnung so angegeben sei, daß ein Fideikommiß *sine scriptura* et praesentia testium

hinterlassen sein müsse, was denn auch in den Institutionen wiederholt werde („si *neque ex scriptura*, neque ex quinque testium numero possit res manifestari"). Der wahre Sinn dieser Worte ist aber sicher nicht der, daß gerade eine mündliche Mittheilung als ausschließliches Erforderniß anerkannt werden soll, sondern der Kaiser wollte nur sagen, daß seine Verordnung dann Platz greife, wenn kein förmlicher letzter Wille, also keine förmliche Skriptur, oder mündliche Errichtung vor fünf Zeugen, vorhanden sei. Wie wenig durch jene Worte eine Skriptur überhaupt als ausgeschlossen angesehen werden kann, geht auch noch daraus hervor, daß ja dann auch im Falle der Errichtung vor Zeugen von dem neuen Rechte keine Anwendung gemacht werden dürfte, und doch wird in einem späteren Passus des Gesetzes ausdrücklich das Gegentheil gesagt („sed sive quinque sint testes" etc.). Wenn man sich außerdem auch noch darauf beruft, daß ja nach den Institutionen der Erbe schwören müsse, „quod nihil tale a testatore *audivit*", so ist dies eine, schwerlich zu billigende, Buchstabenerklärung, die um so weniger angewendet werden darf, da in dem eigentlichen Sitz dieser Lehre, in l. 32. C. cit. keine Spur einer solchen Eidesformulirung vorkommt. Wie wenig auch die Zeitgenossen Gewicht darauf legten, geht namentlich aus der Paraphrase des Theophilus hervor, wonach der Erbe schwören soll „non esse fideicommissum relictum" (ὡς οὐ κατελείφθη φιδεικόμμισσον). Vgl. auch *Schrader* ad §. 12. J. cit., Löhr und Roßhirt a. d. aa. OO., Arndts im Rechtslex. VI. S. 292 fg., Sintenis §. 208. Anm. 14. u. A. m.

2) Wir sahen eben, daß man nicht selten das Gebiet der neuen Rechtswohlthat ungebührlich einschränkt; von einer andren Seite her wird dasselbe dagegen oft mit nicht geringerer Ungebühr wesentlich erweitert. Es wird nämlich öfter die Behauptung aufgestellt, der angeblich Honorirte brauche nicht nothwendig zur Eideszuschiebung zu greifen, sondern es ständen ihm eben so auch andre Beweismittel, namentlich Zeugen und Urkunden, zu Gebote, vgl. besonders Süptitz a. a. O., während dagegen die richtigere Ansicht dahin geht, daß der Honorirte schlechthin nur die Wahl hat, entweder einen formellen letzten Willen zu produziren, oder Alles in den Eid des angeblich Onerirten zu stellen. Süptitz §. 7 fgg. argumentirt im Wesentlichen so: wenn Jemand bei einer Beweisführung auf ein einzelnes Beweismittel eingeschränkt sein solle, so sei dies immer etwas so Anomales, daß es einer ganz speziellen Begründung bedürfe. Daran fehle es nun in dem vorliegenden Falle völlig; denn wenn auch in den beiden einschlagenden Gesetzen blos von der Eideszuschiebung die Rede sei, so könne darin gar nichts Exclusives gefunden werden, sondern die Anwendbarkeit der übrigen Beweismittel würde als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, und der Eid nur darum speziell hervorgehoben, weil die Anwendbarkeit gerade dieses Beweismittels besonders problematisch gewesen sei. Dieses Sachverhältniß werde denn auch sehr bestimmt in l. 32. cit. angedeutet, indem es ja da heiße: „si fideicommissarius *elegerit* heredis juramentum" und „cujus religio et fides a fideicommissario *electa* est", welche Ausdrücke doch wohl nicht anders zu erklären seien, als daß der Fideikommissar außer dem Eide auch andre Beweismittel hätte ergreifen können. Wie sehr überdies die Natur der Sache für diese

Ansicht spreche, leuchte von selbst ein, wenn man sich nur z. B. einen Fall denke, wo der Erblasser in Gegenwart von 2 oder 3 unverdächtigen Zeugen dem Erben seinen Willen bekannt gemacht habe, oder wo über eine solche mündliche Mittheilung an den Erben ein Notariats-Instrument aufgenommen sei; wie lasse es sich hier irgend rechtfertigen, die Eideszuschiebung als das einzige Beweismittel zulassen zu wollen? — Es beruht aber diese Argumentation, so scheinbar sie beim ersten Anblick ist, auf einem wesentlichen Mißverständnisse. Süptitz geht nämlich von der Ansicht aus, das eigentlich Neue in Justinian's Verordnung sei, daß er eine neue Form für die Errichtung von Vermächtnissen eingeführt habe, nämlich die mündliche Willenserklärung in Gegenwart des Onerirten; dies sei der eigentliche Kern der l. 32. C. cit., und die Eideszuschiebung werde dabei nur als mögliches, und in den meisten Fällen aus faktischen Gründen allein anwendbares, Beweismittel dafür angeführt, daß jene neue Form wirklich beobachtet worden sei. In Wahrheit denkt aber Justinian auch nicht entfernt daran, eine neue Form für Errichtung von Fideikommissen einzuführen, sondern sein Gedanke, wie er besonders deutlich in den Institutionen sich ausspricht, ist vielmehr einfach der: wenn der Honorirte keinen formellen letzten Willen für sich anführen könne, so solle er auch noch den Ausweg haben, daß er seinen Anspruch ganz von der Gewissen- und Ehrenhaftigkeit des Erben abhängig mache, indem er diesem den Eid zuschiebe, und derselbe dann entweder schwören oder zahlen müsse. Dadurch sei nun wieder ein eigentliches fidei heredis commissum, wie vor Alters da, ja in einem noch eigentlicheren Sinne wie zu Augustus Zeit („nos eundem Principem superare contendentes constitutionem fecimus")! Gerade der Umstand also, daß das ganze Vermächtniß von der Gewissenhaftigkeit des Erben abhängig gemacht ist, indem dieser in die Alternative versetzt wird, entweder zu schwören oder zu zahlen, ohne irgend die Unförmlichkeit vorschützen zu dürfen, bildet hiernach augenscheinlich den Kern der Justinianischen Verordnung, und mit diesem Grundgedanken würde es sich schlechthin nicht vertragen, dem angeblich Honorirten andre Beweismittel einzuräumen. Will dieser nicht den Eid des Erben entscheiden lassen, so hat er kein andres Mittel, als die Vorlegung eines eigentlichen Testaments oder Kodizills. Alles dies ist denn auch deutlich genug in der zweiten Hälfte der l. 32. cit. verb. cum enim res etc. ausgesprochen, und kaum einer Mißdeutung fähig scheinen namentlich die Worte zu sein: Cum is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur — — dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem: *qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta?* Wie dagegen aus dem: *elegerit* heredis juramentum und dem: religio et fides a fideicommissario *electa* etwas für Süptitz folgen könne, ist nicht wohl einzusehen; denn da ja auch nach unsrer Meinung der Fideikommissar nicht zur Eideszuschiebung gezwungen wird, sondern er auch außerdem einen formellen letzten Willen vorlegen, oder auch seinen ganzen Anspruch fallen lassen kann, so ist der Ausdruck *eligere* vollkommen passend, ohne daß man irgend nöthig hätte, dabei an ein Wahlrecht unter verschiedenen Beweismitteln zu denken.

III. Von Erwerbung der Vermächtnisse.

A) Erfordernisse der Erwerbung. §. 529.

Dig. XXXVI. 2. quando dies legator. v. fideicomm. cedat, Cod. VI. 53. quando dies legati vel fideic. cedit. — Dig. VII. 3. quando dies ususfructus legati cedat. — Gegen die herrschende Lehre über den Erwerb der Vermächtnisse haben sich neuerlich erklärt *Pöschmann*, Observation. triga. Lips. 1857. obs. 1, Ders., Studien zu Gaius. H. 2. Leipz. 1860. Vorw., Dietzel in der Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 554. und bes. Köppen in Jhering's Jahrbb. V. S. 184 fgg., s. auch Baron, Gesammtrechtsverh. S. 427. u. 435, aber m. E. ohne genügende Gründe; vgl. auch dagegen Fitting im ziv. Arch. XLVII. S. 147 fgg., Crailsheim ebendas. XLVII. S. 370 fgg., und s. noch Unger, östr. Erbr. §. 62. Not. 2. und Arndts, Lehrb. 5. Aufl. §. 555. Anm. und §. 560. Anm. 2.

B) Wirkungen der Erwerbung.

1) Rechte der Honorirten.

a) Im Allgemeinen. §. 530.

Ueber einen einzelnen, aber wichtigen Punkt handelt ausführlich Seuffert, d. gesetzl. Veräußerungs-Verbot bei Singular- und Universal-Vermächtnissen nach röm. R. München 1854.

b) Insbesondre von den, dem Legatar zustehenden Rechtsmitteln.

Keller, Grundr. zu Institut. und Antiqu. S. 330 fgg.

aa) Von den Klagen. §. 531.

Marezoll in der Gießer Zeitschr. IX. S. 274 fgg.

Justinian. **l. 1. C. comm. de legat. et fideic. (6, 43): Quum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerumque habere noscantur, quis vel vindicationis vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem**

prono animo admittat, quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem, quatenus eis liceat easdem res, sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam, super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. Quum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare actionem, quae etiam nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omni modo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet, ex ejus voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat, et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. Et haec disposuimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario, vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Quum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint. — (Die Behauptung Marezoll's a. a. O. S. 290 fgg., bes. S. 299 fgg., daß hiernach dem Vermächtnißnehmer eine in rem actio selbst dann zustehe, wenn die vermachte Sache gar nicht dem Erblasser, sondern dem onerirten Erben gehöre, ja wohl selbst dann, wenn es eine ganz fremde Sache sei, die aber der Onerirte später an sich gebracht

habe, vgl. Marezoll S. 304, scheint mir sehr bedenklich. Daß Justinian sich allgemein ausdrückt, ist freilich nicht in Abrede zu stellen; aber Marezoll muß doch selbst einräumen, daß man darum nicht jedem Vermächtnißnehmer ohne Ausnahme eine actio in rem einräumen dürfe; und muß man also den Ausdruck nothwendig enger auffassen, als der Wortsinn geht, so ist es doch wohl das Natürlichste, ihn so zu beschränken, wie es die zivilistische Konsequenz erfordert. Daß nämlich die Ausdehnung, welche Marezoll der actio in rem geben will, in hohem Grade inkonsequent ist, kann, trotz der von M. hervorgehobenen Unterscheidung zwischen directa und utilis in rem actio nicht in Abrede gestellt werden. Ueberdies kommen auch in der Konstitution selbst Hindeutungen vor, daß die in rem actio nur bei eignen Sachen des Testators Statt finde, vgl. besonders: ex ejus voluntate etiam praefatas actiones *contra res testatoris* esse instituendas, wo der Plural beweist, daß nicht blos von der actio hypothecaria, sondern auch von der vindicatio die Rede ist, und allenfalls auch: sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem *in rebus*, *quas a testatore consecutus est*, wo kein Grund vorhanden ist, die unterstrichenen Worte blos auf die hypoth. actio beziehen zu wollen. Die Neuerung, welche Justinian hier in Betreff der in rem actio vornimmt, besteht also doch wohl nur darin, daß, ohne alle Rücksicht auf die Form der Hinterlassung, der Vermächtnißnehmer jetzt stets eine actio in rem haben soll, sofern nur die materiellen Voraussetzungen des alten Vindikationslegats vorhanden sind, und gerade auf diese Absicht, Form-Unterschiede des früheren Rechts gänzlich zu verwischen, deutet auch der Eingang: quis vel vindicationis etc. bestimmt genug hin; vgl. auch Arndts im Rechtslex. VI. S. 309 fgg., Mayer §. 7, Seuffert, Veräußerungs-Verbot S. 41 fgg., Köppen in Jhering's Jahrbb. V. S. 201. u. A. m.).

bb) Von der cautio legatorum servandorum causa. §. 532.

Dig. XXXVI. 3. ut legatorum s. fideicommissorum causa caveatur, XXXVI. 4. ut in possessionem legatorum s. fideicommissorum causa esse liceat; Cod. VI. 54. ut in possessionem legator. s. fideic. causa mittatur, et quando satisdari debeat. — Bachofen, Pfandrecht I. S. 301 fgg., Keller a. a. O. S. 333 fgg., s. auch Unterholzner, Schuldverh. II. S. 516 fgg.

1) *Ulp.* l. 5. pr. ut in poss. legat.: Is, cui legatorum fideive commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur, neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem. — 2) *Idem.* l. 5. §. 5. eod.: Qui in possessionem legatorum servandorum causa mittitur, in possessionem quidem rerum hereditariarum omnimodo veniet, hoc est earum, quae in causa hereditaria manent; earum autem, quae in causa hereditaria non erunt, non alias mittitur, quam si dolo malo in ea causa esse desierit, nec semper, sed causa cognita. Cf. *Valens* l. 15. eod.: Interdum licet dolo malo fecerit heres, quo minus res in causa hereditaria maneant, non poterit in possessionem earum legatarius mitti, veluti si locum religiosum fecerit, aut quid publice consecraverit, permissu scilicet Imperatoris, aut aliquem non in fraudem creditorum manumiserit.

3) *Ulp.* l. 5. §. 16. eod.: Imperator Antoninus Augustus rescripsit, certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quum aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciant. Vgl. über diese s. g. missio *Antoniniana* Glück XVIII. S. 259 fgg., Marezoll in der Gießer Zeitschr. IX. S. 127 fgg., Bachofen a. a. O. S. 319 fgg., Keller a. a. O. S. 340. (Wenn jedoch Marezoll a. a. O. aus den letzten Worten dieser Stelle, conj. Paul. rec. sent. IV. 1. §. 17. folgern will, daß bei Fideikommissen gar nicht einmal die sechs Monate zu berücksichtigen seien: so kann man ihm gewiß nicht beistimmen. Diese Ansicht würde um so folgenreicher sein, da man dann konsequent dieses besondre Recht der Fideikommisse h. z. T. als das für alle Vermächtnisse geltende ansehen müßte, was auch wirklich von Marezoll a. a. O. S. 308 fgg. geschieht).

Anm. Justinian erwähnt öfter, daß er die bei Fideikommissen vorkommende *in rem missio* abgeschafft habe, l. 1, l. 3. §. 2. C. comm. de leg. et fideic. (6, 43), Nov. 39. praef., und dadurch ist namentlich v. Löhr in sein. Magaz. III. S. 195. und im ziv. Arch. V. S. 208 fgg. Not. 3. zu der Behauptung veranlaßt worden, die wegen verweigerter cautio leg. servand. causa im früheren Rechte begründete Mission sei durch Justinian aufgehoben worden, vgl. auch

Sintenis III. S. 724 fg. Not. 12. Daß diese Behauptung schon aus äußeren Gründen sehr bedenklich ist, leuchtet von selbst ein, denn die Aufnahme so vieler Stellen, ja eines besondren umfassenden Pandektentitels läßt sich damit sehr schwer vereinigen, wozu auch noch kommt, daß man nicht wohl einsehen kann, wie Justinian, dessen augenscheinliches Bestreben in l. 1. C. cit. es war, die Rechtsmittel der Vermächtnißnehmer möglichst zu vervielfachen, dazu gekommen sein sollte, ihm ein Rechtsmittel zu nehmen, welches keineswegs ohne praktischen Nutzen für ihn war. Erwägt man nun überdies, daß Justinian überall, wo er des von ihm aufgehobenen Rechtsmittels Erwähnung thut, den Ausdruck *in rem* missio gebraucht (legg. citt.), während die in den Pandekten vorkommenden Missionen entschieden missiones *in bona* sind, und als solche dort auch immer aufgeführt werden, und daß die Schilderungen, welche der Kaiser von der aufgehobenen in rem missio gibt, namentlich in l. 3. §. 2. C. cit. („tenebrosissimus error") und in Nov. 39. praef. („*ex inopia* in rem missionis, et plurimi alii et varii et insolubiles pene praedictae in rem missionis circuli"), doch gewiß nicht auf die in den Pandekten vorkommenden missiones in bona passen: so muß sich uns die Ueberzeugung aufdrängen, daß es ein andres Institut des alten Rechts war, welches Justinian aufgehoben hat. Eine Spur davon kommt nun auch in *Paul.* rec. sent. IV. 1. §. 15. vor: Rem fideicommissam si heres vendiderit, eamque sciens comparaverit, nihilominus in possessionem ejus fideicommissarius mitti jure desiderat", wonach einem Fideikommissar dann, wenn der Onerirte die Sache veräußert hat, unter Umständen eine besondre missio in rem zustand, welche als dürftiges Surrogat der bei Fideikommissen unzulässigen vindicatio erscheint, vgl. auch T. 2. und l. 89. §. 7. de legat. II, Marezoll a. a. O. S. 130 fgg., Bachofen cit. S. 323 fgg., Seuffert, Veräußerungs-Verbot S. 17 fgg. bes. S. 28 fgg., und gewiß mit Recht hat daher von jeher die Mehrzahl unsrer Juristen Justinian's Aeußerungen auf diese, im Detail uns nicht mehr bekannte, missio in rem bezogen, welche durch Generalisirung der vindicatio überflüssig geworden war; während die in der Kompilation erwähnten Missionen noch fortwährend als praktisch behandelt werden, vgl. z. B. Glück XIX. S. 166. Not. 63. und die da Zitt., und speziell gegen v. Löhr's Ausführungen *Felsecker,* de exaequat. legat. et fideic. Bamb. 1827. §. 28. et 29. p. 39 sqq. und Marezoll a. a. O. S. 306 fgg.; s. auch Bachofen a. a. O. und Arndts im Rechtslex. VI. S. 307.

2) Rechte des Onerirten.

a) Im Allgemeinen. §. 533.

Dig. XLIII. 3. Cod. VIII. 3. quod legatorum. — Keller, Grundriß S. 341 fgg.

b) Insbesondre vom Abzug der Falzidischen Quart.

Inst. II. 22. de lege Falcidia, Dig. XXXV. 2, Cod. VI. 50. ad leg. Falcidiam. — *Husman.*, Paradoxa ad leg. Falc. (in *Otto* thes. IV. p. 1673 sqq.), Athan. *Oleyza et Olano*, Paralipom. et Elector. jur. civ. lib. IV. c. 1 sqq. (in *Meerm.* thes. I. p. 533 sqq.), *Voorda*, comm. ad leg. Falcid. Traj. 1730, Westphal, Verm. II. §. 1132 fgg., Roßhirt, Verm. I. S. 520 fgg., Arndts, Rechtslex. VI. S. 311 fgg., Vering S. 745 fgg., Tewes II. §. 101 fgg.

aa) Einleitung. §. 534.

Paul. l. 1. pr. h. t.: Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, jus potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.* Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: *Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus, quam quartam partem hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum, legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare jussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.*

bb) Subjekte. §. 535.

Anm. Es ist eine eben so schwierige, als interessante Frage, wie die Falzidische Quart zu berechnen sei, wenn mehrere Erbschaftsportionen sich in einer und derselben Person vereinigen? Vgl. besonders *Cujac.*, ad Papin. Quaest. ad l. 11. §. 5 sqq. ad leg. Falc. (opp. IV. p. 760 sqq.), ad Salv. Jul. ad l. 87. §. 4 sqq. ad leg. Falc. (opp. VI. p. 408 sqq.), *Donell.*, comm. jur. civ. lib. VIII. c. 23. §. 5 sqq., *Voorda* ad leg. Falcid. c. 11. p. 257 sqq., *de Carvalho*, de una et altera quarta deducenda vel non, legitima, Falcidia et Trebellianica Col. Allobr. 1746. pag. 159 sqq., *de Bernstorff*, de ratione legis Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda. Goett. 1754, Roßhirt, Verm. I. S. 531 fgg., vgl. mit dessen Lehrb. des Zivilr. Bd. III. §. 708, Stemann in Elvers Themis, neue

Folge Bd. I. No. 10, von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenr. Erl. 1840. Abh. 1, Hoffmann in Sell's Jahrbb. I. S. 331 fgg., Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 316 fgg., Sigmund, über die Berechn. der qu. Falc., wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile ders. Erbschaft erhält, München 1846; vgl. auch Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 188 fgg., Vangerow im ziv. Arch. XXXVI. S. 317 fgg., *Pernice*, commentatt. duae. Hal. 1855. p. 20 sqq. — Unsere Gesetze kennen für Fälle dieser Art drei verschiedene Normen:

1) In manchen Fällen wird von jeder einzelnen Portion die Quart ganz selbständig berechnet und abgezogen, gerade so, wie wenn die mehreren Portionen gar nicht in einer Person zusammengetroffen wären.

2) In andren Fällen werden umgekehrt die mehreren Portionen vollständig zu einer einzigen vereinigt, und von dieser kombinirten Portion wird dann eine einmalige Quart berechnet, und sämmtlichen Legataren verhältnißmäßig abgezogen.

3) Wieder in andren Fällen endlich wird zwar die Falzidia zunächst von jeder einzelnen Portion besonders berechnet, aber der Ueberschuß der einen Portion muß dazu verwendet werden, um die Lasten der andren tragen zu helfen. Wenn es auch für den Doppelerben selbst ganz gleichgiltig ist, ob die zweite oder dritte Regel zur Anwendung kommt, so kann dies doch begreiflich für die Legatare unter Umständen einen sehr wesentlichen Unterschied begründen. Setzen wir z. B., eine jede der beiden zusammentreffenden Portionen beträgt 400, die eine ist mit einem Vermächtniß von 250, die andre mit einem Vermächtniß von 500 belastet. Wird die zweite Regel angewendet (vollständige Vereinigung), so erscheint die Quart der kombinirten Portion durch die Summe der Vermächtnisse um 150 verletzt, und diese werden beiden Legataren verhältnißmäßig abgezogen, so daß Statt 250 nur 200, Statt 500 aber 400 gezahlt werden. Kommt aber die dritte Regel zur Anwendung (Einrechnung des Ueberschusses), so bekommt in diesem Falle der eine Legatar seine vollen 250, der andre dagegen nur 350, nämlich ¾ der überlasteten Portion (= 300) und dazu den Ueberschuß der andren nicht überlasteten. Vgl. Pfordten a. a. O. S. 4 fgg. und Vangerow cit. S. 317. Not. 13.

Um aber die Anwendungs-Sphäre dieser drei Regeln zu bestimmen, müssen folgende Hauptfälle unterschieden werden:

I. Wenn die Vereinigung der mehreren Portionen durch reinen Zufall geschieht, indem z. B. ein Miterbe den andren beerbt, oder arrogirt, so versteht es sich ganz von selbst, daß die Quart von jeder der mehreren Portionen besonders berechnet, daß also Alles so gehalten wird, wie wenn die Portionen gar nicht vereinigt wären, l. 1. §. 15. ad leg. Falc.

II. Wenn umgekehrt Jemand von dem Erblasser selbst auf mehrere Portionen principaliter eingesetzt ist, einerlei ob unbedingt oder bedingt, so gilt auch umgekehrt die natürliche Regel, daß diese mehreren Portionen stets zusammen zu werfen, also wie eine einzige Portion zu betrachten sind, und demnach von einem Abzuge der Quart nur dann die Rede sein kann, wenn die auszuzahlenden

Legate mehr, wie drei Viertheile dieser kombinirten Portion betragen, l. 1. §. 13, l. 11. §. 7, l. 87. §. 3. h. t.

III. Wenn zwei Erbportionen sich dadurch in einer Person vereinigen, daß Jemand instituirt und einem Miterben vulgariter substituirt ist, so liegt der Gedanke sehr nahe, daß auch hier unbedingte Vereinigung der mehreren Portionen angenommen werden müsse, weil ja doch die Vulgarsubstitution im Wesentlichen nichts anderes, als eine bedingte Institution sei. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, daß hier nothwendig eine Unterscheidung gemacht werden muß. Offenbar ist nämlich die Parallele mit dem Fall bei Nr. II. nur dann begründet, wenn der Substitut selbst, in seiner Eigenschaft als Substitut, vom Erblasser mit Vermächtnissen belastet ist, sei es, daß gerade nur ihm, für den Fall seines Eintretens als Substitut, Vermächtnisse aufgelegt sind, oder sei es, daß die Vermächtnisse zwar auch schon dem Instituten aufgelegt waren, aber vom Substituten repetirt sind. In diesem Fall findet denn auch wirklich ganz so wie in dem Falle bei II. vollständige Vereinigung der Institutions- und Substitutions-Portion Statt, und die Quart dieser kombinirten Portion wird immer von sämmtlichen Legaten, mag der Doppelerbe mit denselben als Institut oder als Substitut belastet sein, gleichmäßig abgezogen; vgl. l. 1. §. 13. fin. h. t., und nur von Fällen dieser Art ist auch die scheinbar allgemeiner redende l. 87. §. 4. 5. h. t. aufzufassen (s. unten). Ganz anders aber verhält es sich dann, wenn die Vermächtnisse nicht dem Substituten selbst, sondern dem Instituten aufgelegt sind, und der Substitut dieselben nur als eine mit der Substitutions-Portion verbundene Belastung überkommt, so daß er dieselben also gar nicht suo nomine schuldet. Für diesen letztren Fall, der von dem ersteren, in welchem der Substitut sämmtliche Vermächtnisse suo nomine schuldet, scharf unterschieden werden muß, geht die klare Entscheidung des Paulus dahin, daß das Zusammentreffen der beiden Portionen zwar wohl für diejenigen Legate vortheilhaft sein kann, mit denen der Doppelerbe selbst belastet ist, daß aber diejenigen, mit denen der weggefallene Erbe onerirt ist, dadurch niemals gewinnen können, l. 1. §. 13. h. t.:

> *Paul.* „Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis; is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non: *quisquis mihi heres erit*".

M. a. W.: wenn die prinzipale, d. i. die Institutions-Portion überlastet, die accessorische dagegen, d. i. die Substitutions-Portion nicht überlastet ist, oder wenn die erste mehr, die zweite weniger überlastet ist: so werden beide Portionen vollständig vereinigt; wenn aber umgekehrt die accessorische Portion die überlastete oder die mehr überlastete, die prinzipale dagegen die gar nicht oder doch weniger überlastete ist: so werden beide Portionen getrennt gehalten, und von jeder besonders die Quart abgezogen. Hiermit steht denn auch die l. 87. §. 4. cit. durchaus nicht in wahrem Widerstreite, wenn man sich nur erinnert, daß zu Julian's Zeit der Substitut nur dann Vermächtnisse schuldete, wenn sie ganz generell, oder ihm speziell aufgelegt waren, und daß solche Vermächtnisse, welche

speziell dem Institutus aufgelegt sind, erst seit Sever auch als Last des Substituten angesehen werden können. Diesen letztren Fall konnte also Julian natürlich nicht berücksichtigen, und seine Entscheidung in l. 87. §. 4. cit. ist also nothwendig auf die beiden andren Fälle, welche zu seiner Zeit die einzigen waren, zu beschränken, also auf die im Eingang dieser Nummer besprochenen Fälle, in denen der Substitut sämmtliche Legate suo nomine schuldet. Daß Julian in der That gerade nur solche Fälle im Auge hat, geht auch noch deutlich aus dem Schluß des §. 4. cit. hervor, denn da er hier für den Pupillar-Substituten die entgegengesetzte Norm aufstellt, weil dieser „*non* suo nomine obligatur": so muß er doch gewiß bei dem Vulgar-Substituten supponirt haben, daß dieser suo nomine obligirt sei. Vgl. auch Pfordten a. a. O. S. 16 fgg. und die dort Angeff. und Brinz, Lehrb. S. 934. (Uebrigens sind die meisten neueren Bearbeiter unsrer Lehre a. M. So faßt Hoffmann a. a. O. S. 331 fg. und S. 384 fg. die l. 87. §. 4. cit. als das allein entscheidende Gesetz auf, und nimmt deßhalb stets, wenn eine Institutions- und eine Substit.-Portion zusammentreffen, vollständige Vereinigung der beiden Portionen an; die zweite Hälfte der l. 1. §. 13. cit. (verb.: sed ea legata rel.) rede gar nicht mehr von einem Substitutionsfalle, sondern von einem Falle des Anwachsungsrechts; und dieser (schon von *A. Faber*, conj IV. 13. vertheidigten, später aber in conj. XVIII. 15. zurückgenommenen und widerlegten) Ansicht treten auch Arndts cit. S. 317. und Sigmund a. a. O. S. 18 fg. bei, vgl. auch jetzt noch Arndts, Lehrb. 5. Aufl. §. 564. Anm. 3. Dagegen vertheidigt Huschke a. a. O. VII. S. 194. fg. wieder die Meinung von *Donell.*, comm. jur. civ. VIII. 23. §. 5 sqq., wonach unterschieden werden soll, ob der Miterbe schon vor oder nach dem Erblasser weggefallen sei; im ersten Falle trete stets vollständige Vereinigung ein, und darauf beziehe sich l. 87. §. 4. cit. („hoc ita verum est, *si filius, antequam patri heres existeret, decessisset*"), im zweiten Falle dagegen finde getrennte Berechnung Statt, und davon rede die zweite Hälfte der l. 1. §. 13. cit. *(„si omiserit hereditatem")*, s. auch *Pernice* cit. p. 22 sqq. Im Gegensatz zu diesen neueren Darstellungen muß ich noch fortwährend die oben angedeutete, schon in den früheren Auflagen dieses Lehrb. vertheidigte Ansicht für die entschieden richtige halten. Die von Hoffmann wieder aufgenommene Interpretation Faber's bedarf wohl für den Unbefangenen keiner besondren Widerlegung. Aber auch die Unterscheidung von Huschke wird weder durch zutreffende innere Gründe unterstützt, noch kann sie durch die angeführten Gesetze begründet werden; denn daß in l. 87. §. 4. cit. die kritischen Worte blos andeuten sollen, daß die Julianische Regel nur von der Vulgar- und nicht auch von der Pupillar-Substitution gelten solle, geht aus dem unmittelbar folgenden Gegensatz: *„si vero patri heres fuit"* mit Evidenz hervor, und in l. 1. §. 13. cit. soll mit den Worten: *si omiserit hereditatem* nicht etwa der Fall der Ausschlagung besonders hervorgehoben, sondern augenscheinlich nur das Nicht Erbe werden angedeutet werden. — Im Resultate stimmt auch Baron, Gesammtrechtsverh. S. 470 fgg. mit der hier vertheidigten Lehre überein, indem auch er den Ausspruch der l. 1. §. 13. cit. als die entscheidende Regel anerkennt; wenn er aber die l. 87. §. 4. cit. dadurch beseitigen will, daß er sie auf den Fall

beschränkt, wenn für einen Pupillen ein Substitut ernannt ist, und diese Beschränkung durch die — gewiß unhaltbare — Behauptung rechtfertigt, daß ein Pupillar-Substitut auch dann, wenn der Pupill vor dem Vater sterbe, nicht zum Vulgar-Substituten werde, sondern auch in diesem Falle als Pupillar-Substitut antrete: so dürfte er um so weniger Zustimmung finden, da auch im Falle der Pupillar-Substitution die unbedingte Zusammenrechnung der beiden Portionen nicht zu rechtfertigen ist. — In Gemäßheit der hier entwickelten Grundsätze versteht es sich denn auch von selbst, wie zu entscheiden ist, wenn mehrere Portionen in einer Person dadurch vereinigt werden, daß Jemand mehreren Instituten substituirt ist, indem auch hier ohne Zweifel berücksichtigt werden muß, ob der Substitut die auf der einzelnen Portion lastenden Vermächtnisse suo oder alieno nomine schuldet, und ich kann nicht wohl einsehen, wie v. d. Pfordten S. 10. geg. E. zu der Behauptung kommt, daß immer Vereinigung eintreten müsse, wenn Jemand auf mehrere Portionen vulgariter substituirt sei, „weil der Substitut, sobald er eintrete, ganz als institutus erscheine".

IV. Wenn Hausvater und Hauskind oder Herr und Sklave in demselben Testamente eingesetzt sind, und das Kind oder der Sklave auf Befehl des Vaters oder Herrn die Erbschaft antreten, so wird auch hier, wie in dem Falle der Vulgar-Substitution unterschieden, ob die accessorische oder ob die prinzipale Portion überlastet ist. Im erstren Falle — wenn also nur die Portion des Hauskindes oder Sklaven überschwert ist — bleiben die beiden Portionen vollständig getrennt, und den Legataren des Sohns oder Sklaven kommt die freie Portion des Vaters oder Herrn nicht zu Gute, l. 21. §. 1. h. t.

> „*quartam retineo ex persona servi*, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit".

Im zweiten Falle dagegen — wenn die prinzipale Portion des Vaters oder Herrn überlastet ist — tritt zwar keine vollständige Vereinigung beider Portionen, wie in dem Fall der Substitution, ein, wohl aber muß der Vater den Ueberschuß der accessorischen Portion zur vollständigeren Deckung der ihm selbst auferlegten Vermächtnisse verwenden, l. 21. §. 1. h. t.:

> „Si ego et servus meus heredes instituti simul ex diversis partibus, nec a servo erogatus dodrans, his, quibus a me legatum est, *contra Falcidiam proderit, quod ex portione servi ad me pervenit supra Falcidiam ejus portionis*";

vgl. auch l. 25. pr. eod.

V. Genau dasselbe gilt auch dann, wenn einem Erben die Portion eines Miterben durch Anwachsungsrecht zufällt. Wenn nur die anwachsende, also die accessorische, Portion überlastet ist, so werden die beiden Portionen vollständig getrennt gehalten, während dann, wenn die ursprüngliche, also die prinzipale, Portion überschwert ist, der Erbe den Mangel derselben mit dem Ueberschuß der accessorischen zu decken verpflichtet ist, was man sprichwörtlich so auszudrücken pflegt: „portione gravata accrescente portioni non gravatae, quarta deducitur; portione non gravata accrescente portioni gravatae, quarta non deducitur"; vgl. l. 78. h. t.:

Gai. „Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus extiterit,

utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si ejus pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adjuvari legatarios per deficientem partem, quae non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret".

Freilich könnte man aus der Fragstellung des Gaius: **utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit,** ***ac si statim ab initio is solus heres institutus esset?*** nicht ohne Schein ableiten, daß im Falle der Anwachsung nicht blos Einrechnung des Ueberschusses, sondern vielmehr eben so, wie im Falle der Substitution, vollständige Vereinigung beider Portionen Platz greife, und wirklich ist z. B. noch Brinz, Lehrb. S. 934. dieser Ansicht. Aber ich halte dies entschieden für irrig, indem nicht blos die Antwort („*adjuvari* **legatarios**"), sondern insbesondre auch die Parallele mit dem andren Falle, wenn Legate bei dem Onerirten zurückbleiben, sehr bestimmt auf die blose Einrechnung des Ueberschusses hinweisen, wofür denn auch dringend die Analogie des bei Nr. **IV.** behandelten Falls spricht, denn hier, wie dort, wird das Zusammentreffen der beiden Portionen nicht durch den ausgesprochenen Willen des Erblassers, sondern durch Rechtssatzung herbeigeführt. Die ungenaue Ausdrucksweise des Gaius erklärt sich aber auch leicht, weil in dem, von ihm beurtheilten Falle, in welchem die eine Portion gar nicht, die andre aber überlastet ist, die volle Vereinigung und die blose Einrechnung des Ueberschusses nothwendig zu demselben Resultate führen; vgl. auch Arndts, Lehrb. §. 564. Anm. 2. — Die l. 1. §. 14. h. t., welche man gewöhnlich auch auf das Anwachsungsrecht bezieht, redet gewiß nicht von diesem, sondern vielmehr von der **caducorum vindicatio**, vgl. auch Pfordten S. 10 fgg., Huschke cit. S. 200 fgg.

VI. Um die gesetzlichen Regeln über die Berechnung der Falzidischen Quart in den Fällen der Pupillarsubstitution vollständig aufzufassen, muß man sich an die oben (§. 521. Anm. 2) entwickelten Prinzipien erinnern, wonach die dem Pupillarsubstituten aufgelegten Vermächtnisse als Belastungen der eignen Erbschaft des Vaters, also so aufzufassen sind, wie wenn dieselben **in primis tabulis sub conditione** hinterlassen wären. Um diese Lehre in vollem Zusammenhange darzustellen, müssen hier übrigens auch solche Fälle aufgeführt werden, in denen nicht gerade mehrere Portionen in einer Person sich vereinigen (vgl. hierüber außer den oben im Eingang der Anm. Angeff. noch insbesondre Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. **VI.** S. 370 fgg. **VII.** S. 54 fgg. S. 187 fgg., Herrmann ebendas. **VIII.** S. 394 fgg., meine Abh. im ziv. Arch. **XXXVI.** S. 219 fgg. S. 309 fgg., **XXXVII.** S. 322 fgg., *Pernice*, **commentationes jur. Rom. duae. Hal. 1855. p. 1 sqq.,** *Gordan*, **de legis Falcidiae ratione in duplicibus testamentis ponenda. Bonn 1856,** und s. auch Baron, Gesammtrechtsverh. S. 467 fgg.

1) Wenn der Pupill zum Erben eingesetzt, und er sowohl, wie der

Pupillarsubstitut mit Vermächtnissen belastet sind, so gilt in konsequenter Folge der vorher angedeuteten Prinzipien die Regel: *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, d. h. die Falzidische Quart wird so berechnet, daß man die dem Pupillen hinterlassene väterliche Erbschaft, so wie sie im Augenblicke des Todes des Vaters ist, zur Basis der Berechnung macht, dann alle Vermächtnisse, sowohl die dem Pupillen, als die dem Substituten aufgelegten, zusammenrechnet, und wenn ihre Summe größer ist, als ¾ jener väterlichen Erbschaft, von ihnen allen verhältnißmäßig die Quart abzieht. Es sind also in jener Regel bei genauerer Ansicht die drei wichtigen Sätze enthalten, daß erstlich blos die väterliche Erbschaft, nicht auch das etwaige sonstige Vermögen des Pupillen berücksichtigt wird, daß zweitens der Augenblick des Todes des Vaters entscheidet und also spätere Vermehrung oder Verminderung der väterlichen Erbschaft irrelevant ist, und daß endlich drittens sämmtliche Vermächtnisse so aufzufassen sind, wie wenn sie von einem und demselben Onerirten hinterlassen wären. Alles dieses ist deutlich von Gaius in l. 79. h. t. ausgesprochen:

> „In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid vel deminuerit; sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae in filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset“,

vgl. auch l. 1. §. 1. si cui plus quam per leg. Falc. (35, 3), und ganz zu denselben Resultaten führt auch die schwierige und vielbesprochene l. 11. §. 5. h. t., durch deren Mißverständniß namentlich auch Mühlenbruch zu irrigen Grundsätzen über die Onerirung von Pupillarsubstituten bestimmt worden ist (s. oben §. 521. Anm. 2). Papinian sagt hier so:

> „Quod vulgo dicitur, *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, vel ut [nicht *velut*, wie noch die meisten neuesten Ausgaben lesen] longe plus habeat quarta paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo [quadrante nimirum] dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur“.

Für das richtige Verständniß dieser Stelle ist es wichtig, daß man den Schlußsatz derselben als den eigentlichen Kern der Papinianischen Ausführung ansehen muß, den Satz nämlich, daß der Vater, wenn er dem Pupillarsubstituten Vermächtnisse auflegt, *de suo legat*, und daß also solche Vermächtnisse so aufzufassen sind, *„quasi primis tabulis sub conditione relicta essent“*. Denkt man sich diese

Sätze vorausgehend, so erhält die Stelle völlige Klarheit, indem Alles, was Papinian vorausschickt, nur konsequente Folgerungen aus jenen Sätzen sind. So geht namentlich daraus hervor, daß die dem Pupillarsubstituten aufgelegten Vermächtnisse mit denjenigen, welche dem Pupillen selbst aufgelegt sind, zusammengerechnet werden müssen („propter ea, quae data sunt secundis tabulis, contributioni locus est"). So folgt ferner daraus, daß leicht möglich der Substitut mehr als die Quart aus der väterlichen Erbschaft erhalten, daß es aber auch umgekehrt kommen kann, daß er nichts aus der Erbschaft lukrirt, wenn sich nämlich dieselbe nach dem Tode des Vaters vermindert hat, („secundum quae — — — paternae hereditatis"). Namentlich also hat er, wenn die väterliche Erbschaft zwar im Augenblicke des Todes vollkommen zur Deckung aller Vermächtnisse mit Wahrung der Quart hinreichte, sich aber nachher verringert hat, keinen Anspruch darauf, daß ihm noch jetzt die Quart verbleibt, sondern er muß die Vermächtnißnehmer nöthigen Falls aus seinem eigenen Vermögen befriedigen („de suo dabit substitutus"), indem er ja immer soviel an dieselben auszahlen muß, als diese vor der Verringerung der väterlichen Erbschaft in Anspruch nehmen konnten. Hieraus geht von selbst hervor, daß die Worte: *quadrante nimirum* als ein unächtes Glossem aus dem Texte ausgemerzt werden müssen, indem nur dadurch alle einzelnen Theile unsrer Stelle in einen wahrhaft befriedigenden Zusammenhang gebracht werden, und ohnedies namentlich die folgenden Worte: nec ad rem pertinet rel. alle Schärfe verlieren würden; vgl. auch *Govean.* ad h. l. p. 185, *Voorda* cit. p. 279 sqq., Huschke a. a. O. S. 393 fgg., Herrmann cit. S. 374, meine angef. Abh. S. 231 fgg., *Pernice* cit. p. 17 sqq., Baron a. a. O. S. 475 fg. Denken wir uns, es setzt Jemand, welcher im Augenblicke seines Todes 400 im Vermögen hat, seinen unmündigen Sohn zum Erben ein, und legt ihm auf, 200 an den Primus zu zahlen; zum Pupillarsubstituten ernennt er den Titius, und belastet diesen mit einem Vermächtniß von 150 an den Secundus. Wenn nun der Unmündige zwar Erbe seines Vaters wird, aber in der Unmündigkeit verstirbt, und die väterliche Erbschaft durch Unglücksfälle sich auf 300 vermindert hat: so kann der Pupillarsubstitut Titius den beiden Legataren in Folge der bisher entwickelten Regeln doch nur 50 abziehen, so daß der Primus = 171$\frac{3}{7}$, Secundus = 128$\frac{4}{7}$ erhalten, ihm selbst aber aus der väterlichen Erbschaft gar nichts verbleibt; und daß es durch noch bedeutendere Verminderung der väterlichen Erbschaft sogar dahin kommen kann, daß der Substitut zur Deckung der Vermächtnisse selbst noch sein eignes Vermögen angreifen muß, versteht sich hiernach von selbst. Vgl. über l. 11. §. 5. cit. noch besonders die Glosse ad h. l., *Govean.*, comm. in tit. ad leg. Falcid. ad h. l. (opp. p. 184 sq.), *Cujac.*, in libr. XXIX. Quaest. Papin. ad h. l. (opp. IV. p. 760 sqq.), *Donell.*, in App. ad lib. VIII. c. 23. (ed. *Bucher* tom. V. p. 24 sqq.), v. d. Pfordten a. a. O. S. 33 fgg., Huschke VI. S. 392 fgg., Hoffmann a. a. O. S. 346 fgg., meine angef. Abh. S. 228 fgg., *Pernice* cit. p. 12 sqq., *Gordan* cit. p. 16 sqq.

Eine besondre Hervorhebung verdient noch der Fall, wenn der Vater mehrere Pupillarsubstituten ernannt, und insbesondre einen derselben mit Vermächtnissen überlastet hat. Wollte man hier buchstäblich den Grundsatz in

Anwendung bringen, daß die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse als dem Unmündigen aufgelegt anzusehen sind, und daß von einem Abzug der Quart von Seiten des Substituten nur dann und nur insoweit die Rede sein kann, wenn und wie weit ein solcher auch schon in der Person des Pupillen begründet wäre: so würde in unsrem Falle der überlastete Substitut die Quart nicht abziehen dürfen. Dennoch entscheiden die römischen Juristen anders, indem sie allerdings dem einzelnen Substituten eine abgesonderte Berechnung seiner Quart gestatten. So kommt z. B. in l. 80. pr. h. t. folgender Fall vor: es setzt Jemand, welcher 400 im Vermögen hat, seinen unmündigen Sohn zum Erben ein, und belastet denselben mit einem Vermächtniß von 200; zu Pupillarsubstituten ernennt er den Titius und Sejus, und legt dem Erstren noch ein Vermächtniß von 100 auf. Kann hier Titius eine Quart abziehen? Gaius bejahet dies unbedenklich, denn die Erbportion des Titius sei ja nur 200, und die ihm aufliegende Legatenlast betrage eben so viel, weßhalb ein Abzug von 50 für den Titius vollkommen gerechtfertigt sei, während natürlich Sejus nichts abziehen dürfe. Zu denselben Resultaten führt auch die schwierige l. 11. §. 6. h. t., nur daß hier Papinian dasselbe nicht so unbedenklich annimmt, wie Gaius, sondern es tiefer begründet, und dagegen sich erhebende Zweifel beseitigt:

> „Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem oneraverit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel unus pupilli substitutus? Et facile quis dixerit, consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum, et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Sed verior est sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque ita [leg.: institutus, cf. Huschke VI. S. 408, meine Abh. I. S. 239. Not. 38] si patri heres extitisset; ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti, subducta persona pupilli, revocandi sunt ad intellectum institutionis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus, si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit, et aliquid ultra dodrantem sit in omnibus, et ipsum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio. Rursus si negemus, aliud aperte, quam quod vulgo probatum est, respondetur. Itaque varietas existet, ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam, alter autem, qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio largiatur ejus, non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, ut, si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio, videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset".

Die Stelle zerfällt in zwei Theile, deren erster (bis zu den Worten Quid tamen dicemus etc.) den Fall behandelt, wenn durch Vermächtnisse, welche dem Substituten selbst aufgelegt sind, mehr wie $\frac{3}{4}$ von dessen Erbportion absorbirt wird. Obwohl hier der Ausdruck Papinian's theilweise etwas geschraubt erscheint, so

ist doch sein Gedankengang klar, und ich will ihn in einer etwas freien Uebertragung wiederzugeben suchen: „Wenn Jemand seinem zum Erben eingesetzten unmündigen Sohne zwei Pupillarsubstituten ernannt und einen davon mit Vermächtnissen belastet hat, so wirft sich die Frage auf, ob derselbe wegen dieser ihm aufgelegten Vermächtnisse die Quart abziehen dürfe, da doch der Pupill selbst zu einem solchen Abzuge nicht berechtigt sein würde, und auch dann keine Rede davon sein könnte, wenn nur ein Substitut vorhanden wäre? Und wirklich könnte man leicht wegen der vorher (in l. 11. §. 5. eod.) dargestellten Grundsätze über die Berechnung des Vermögens, zu der Meinung kommen, daß der einzelne überlastete Substitut kein Recht habe, die Quart abzuziehen, sondern ohne Rücksicht auf die Größe seiner Portion alle ihm aufgelegten Vermächtnisse auszahlen müsse. [Daß unter dem alter substitutus gerade der Ueberlastete, nicht aber der zweite non oneratus zu verstehen ist, wie namentlich v. d. Pfordten S. 52 fgg. will, kann doch dem Sinne nach kaum zweifelhaft sein, und auch die Grammatik läßt diese Beziehung des alter sehr wohl zu, vgl. jetzt auch Huschke VI. S. 404 fg.]. Dennoch aber muß man sich bei genauerer Betrachtung für das Gegentheil erklären, also dafür, daß derselbe sich abgesondert seine Quart eben so zu berechnen befugt ist, wie wenn er unmittelbar den Vater selbst zur Hälfte beerbt hätte. Denn gleichwie aus dem Gedanken, daß man den Pupillarsubstituten als einen Erben des Vaters ansieht, die wichtigen Sätze hervorgegangen sind und Haltung gewinnen: daß nur das Vermögen des Vaters, nicht auch das des Pupillen zu berücksichtigen ist, und daß die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse mit den dem Pupillen aufgelegten zusammen zu rechnen sind [ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem]; ebenso muß auch offenbar dieser Gedanke insofern wirksam werden, daß, wenn mehrere Substituten vorhanden sind, man von der zwischenstehenden Person des Pupillen ganz absieht, und jeden einzelnen Substituten als Instituten des Vaters betrachtet, woraus dann von selbst für unsren Fall ein abgesonderter Abzug der Quart gerechtfertigt ist". In den folgenden Worten: Quid tamen dicemus rel. wendet sich Papinian zur Betrachtung des andren Falls, wenn zwar nicht dem Substituten selbst soviele Vermächtnisse aufgelegt sind, daß seine Quart dadurch verletzt erscheint, dennoch aber durch eine Kombination der Vermächtnisse, welche dem Pupillen selbst und dem Substituten aufgelegt sind, mehr wie ¾ von dessen Portion absorbirt werden. Die Erörterung der Frage, ob auch in diesem Falle der Substitut seinen Legataren die Quart abziehen dürfe, eröffnet Papinian wieder mit Aufstellung eines Zweifelgrundes. In dem ersten Falle, wenn der Substitut selbst überlastet ist, wurde nämlich demselben der Abzug der Falzidischen Quart aus dem Grunde eingeräumt, weil man ihn gleichsam als einen Instituten des Vaters auffassen müsse. Diese Betrachtungsweise, so meint nun Papinian, würde aber in diesem zweiten Falle nicht zu demselben Resultate führen [neque idem patiatur instituti comparatio], denn es werde ja vorausgesetzt, daß durch die Vermächtnisse, mit denen er selbst onerirt ist, seine Quart nicht angegriffen wird [atquin quartam habet]. „Dennoch aber", so fährt der Jurist fort, „muß man ihm auch in diesem Falle den Abzug der Quart gestatten, weil wir, wenn wir dies leugnen wollten, uns

in offenbaren Widerspruch mit der anerkannten Rechtsregel: **in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari** setzen würden. Das Wahre an der Sache ist also, daß der Substitut in beiden Fällen gleichmäßig seinen Legataren die Quart abziehen darf, aber aus verschiedenen Gründen; denn wenn der Substitut selbst überlastet ist, so zieht er seinen Vermächtnißnehmern die Quart ab, weil er dann gleichsam als Institut des Vaters anzusehen ist; ist er aber nicht selbst überlastet, so daß also an sich allerdings seine Portion für seine Vermächtnißnehmer hinreichen würde [**licet portio largiatur ejus**], so dürfen diese dennoch nicht das Ganze von ihm fordern, weil sie sich die Zusammenrechnung ihrer Vermächtnisse mit denen, welche dem Pupillen aufgelegt sind, gefallen lassen müssen [**propter calculi confusionem**°]. — Bis hierher setzte Papinian in der ganzen Stelle voraus, daß der Pupill weggefallen ist, ohne die ihm aufgelegten Vermächtnisse selbst schon entrichtet zu haben. In den Schlußworten berührt er aber auch noch den andren Fall, wenn der Pupill die ihm aufliegenden Vermächtnisse wirklich schon gezahlt hat, aber dabei, wie es sich gebührt, wegen etwaigen späteren Abzugs der Quart von Seiten der Substituten sich Kaution hat stellen lassen. Da in Gemäßheit der bisherigen Erörterungen beide Substituten gleichmäßig zu einem Abzuge der Quart berechtigt sind, so versteht es sich von selbst, daß auch beide gleichmäßig aus jener Kaution Rechte erlangen können, ein jeder natürlich für den Betrag, den er, wenn der Pupill nicht schon gezahlt hätte, hätte zurückbehalten dürfen [**Huic consequens est etc.**]. Vgl. auch *Cujac.* p. 767 sqq., *Donell.* p. 31 sqq., v. d. Pfordten S. 49 fgg., Hoffmann S. 349 fgg., Sigmund S. 30 fgg., Huschke VI. S. 402 fgg., Herrmann S. 415 fgg., meine angef. Abh. S. 239 fgg., *Pernice* cit. p. 49 sqq., *Gordan* cit. p. 31 sqq. — Mit den hier erläuterten Aussprüchen von Gaius in l. 80. h. t. und Papinian in l. 11. §. 6. h. t. steht auch die Entscheidung Ulpian's in l. 1. §. 3. **si cui plus quam per leg. Falc.** (35, 3), nicht im Widerspruch, obwohl dies allerdings von Manchen, z. B. neuerlich von Huschke cit. S. 412 fgg., *Gordan* p. 23 sqq. und Baron a. a. O. S. 476. Anm. angenommen wird, s. darüber meine angef. Abh. S. 249 fgg. und *Pernice* cit. p. 112 sqq.

Durch die bisherigen Erörterungen sind wir zu dem einfachen Resultate gelangt, daß dann, wenn dem Pupillen und dem Substituten Vermächtnisse aufgelegt sind, nicht etwa ein doppelter Abzug der Falzidia Statt findet — von Seiten des Pupillen in Betreff der väterlichen Erbschaft, und von Seiten des Substituten in Betreff der Erbschaft des Pupillen —, sondern die Quart nur einmal abgezogen, und dabei die väterliche Erbschaft allein berücksichtigt wird, und daß, wenn mehrere Substituten ernannt sind, jeder Einzelne **separatim** die Quart von derjenigen Portion des väterlichen Vermögens berechnet, welche auf ihn kommt. Daß ganz dieselben Grundsätze auch dann eintreten, wenn dem Pupillen allein, oder wenn dem Substituten allein Vermächtnisse aufgelegt sind, daß also namentlich auch in diesen Fällen stets die väterliche Erbschaft, wie sie im Augenblicke des Todes des Vaters beschaffen ist, die einzige Basis der Berechnung bildet, bedarf wohl kaum einer besondren Bemerkung. — Ueber die interessante Frage, wie es sich mit der Prästation der Legate verhalte, und wie namentlich die Falzidische Quart zu berechnen sei, wenn der eingesetzte Pupill

commisso per alium edicto die bonor. poss. contra tabulas agnoszirt hat, und dann ein Pupillar-Substitut eintritt? vgl. Huschke cit. VII. S. 58 fgg., meine angef. Abh. S. 259 fgg., *Pernice* cit. p. 78 sqq., Baron a. a. O. S. 478 fgg.

2) Wenn der Pupill exheredirt ist, so kann bekanntlich von einer Onerirung des Pupillarsubstituten überhaupt nur dann die Rede sein, wenn derselbe im väterlichen Testamente instituirt ist (s. oben §. 521. Anm. 2). In diesem Falle kann aber eine Ueberschwerung der Quart in der zweifachen Art vorkommen, daß entweder die in primis, oder die in secundis tabulis aufgelegten Vermächtnisse die ¾ der Erbportion übersteigen, und für alle Fälle gleichmäßig gilt die, den bisher entwickelten Grundsätzen völlig entsprechende Regel, daß auch hier niemals die Erbschaft des Pupillen, sondern stets blos die Erbschaft des Vaters berücksichtigt wird, und daß, wenn in primis und zugleich auch in secundis tabulis der Substitut mit Vermächtnissen belastet ist, eine durchgreifende Zusammenrechnung derselben Platz greift, l. 10, l. 11. §. 8, l. 87. §. 7. h. t.; meine angef. Abh. S. 309 fgg., *Pernice* cit. p. 70 sqq., *Gordan* cit. p. 86 sqq.

3) Wenn der Pupill zum Erben eingesetzt, und ein Miterbe desselben ihm pupillariter substituirt ist, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Es sind nur in dem väterlichen Testamente, also nur in primis tabulis Vermächtnisse angeordnet. Wenn in solchem Falle blos der Pupill mit Legaten überlastet ist, so wird die Falzidische Quart abgesondert von der Portion des Pupillen berechnet und abgezogen, l. 87. §. 4. h. t.:

„Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil — — —. Si [filius] patri heres fuit, *non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat,* quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli“,

l. 11. §. 7. eod:

„— — idemque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam [salvam?] portionem habeat ut institutus“.

Wenn aber umgekehrt nur die Institutions-Portion des Substituten überlastet ist, so findet vollständige Vereinigung beider Portionen zum Zweck der Falzidia Statt, l. 87 §. 5. h. t.:

„Quodsi extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres extiterit, poterit dici, *augeri legata, et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset,* eoque omittente hereditatem ex asse heres extitisset“.

Und aus diesen beiden Sätzen ergiebt sich von selbst der dritte, daß dann, wenn beide Portionen überlastet sind, es darauf ankommt, welche die mehr überlastete ist: wenn die Portion des Pupillen, so findet getrennte Berechnung der Falzidia Statt; wenn umgekehrt die Institutions-Portion des Substituten, so tritt Vereinigung beider Portionen ein, vgl. auch l. 87. §. 8 h. t. Meine angef. Abh. S. 325 fgg.

b) Es sind blos *in secundis tabulis* Vermächtnisse hinterlassen, d. h.

der Vater hat nur den Substituten, und zwar diesen gerade in seiner Eigenschaft als Substituten mit Vermächtnissen belastet. Da diese immer so aufgefaßt werden müssen, wie wenn sie ihm in primis tabulis sub conditione aufgelegt wären, und da es für den letztren Fall unzweifelhaft ist, daß zu ihrer volleren Befriedigung die Institutions= und Substitutions=Portion vollständig vereinigt werden müssen: so muß dasselbe auch für unsren Fall angenommen werden, und dies wird denn auch sehr bestimmt von Papian anerkannt, l. 41. §. 6. de vulg. et pup. subs. (28,6):

„Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta *perinde praestabit, ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset*“;

vgl. meine anges. Abh. S. 345 fgg.

c) Es sind sowohl *in primis*, als auch *in secundis tabulis* Vermächtnisse hinterlassen. Wenn in diesem Falle blos der Substitut, dieser aber sowohl in primis wie in secundis ta'ulis onerirt ist, so versteht es sich nach l. 87. §. 5. h. t. vgl. mit l. 41. §. 6. de vulg. et pup. subst., also aus einer Kombination der bei a) und b) angedeuteten Sätze, ganz von selbst, daß hier immer vollständige Zusammenrechnung beider Portionen und sämmtlicher Vermächtnisse Statt findet, ganz so, wie wenn Jemand auf zwei Portionen derselben Erbschaft, auf die eine unbedingt, auf die andre unter einer Bedingung eingesetzt wäre. Wenn aber nicht blos der Substitut, sondern auch der Pupill mit Vermächtnissen belastet ist, so weichen über die Beurtheilung dieses Falls die Ansichten unsrer Rechtslehrer auch noch h. z. T. sehr von einander ab, vgl. die ausführliche Darstellung und Beurtheilung der verschiedenen Meinungen in meiner anges. Abh. S. 353 fgg., vgl. auch *Pernice* cit. p. 36 sqq., *Gordan* cit. p. 39 sqq. und Hoffmann im civ. Arch. Bd. 49. S. 64 fgg. Es sind hierbei zwei Fälle zu unterscheiden:

aa) Es sind dem Pupillen und dem Substituten Vermächtnisse aufgelegt, dem Letztren aber nur in secundis tabulis. Wir haben oben gesehen, daß dann, wenn der Pupill und sein Substitut onerirt sind, die Regel gilt: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, und in Folge davon sämmtliche Legate, sowohl die dem Pupillen als die dem Substituten aufgelegten zusammengezählt werden müssen, und dafür die Falzidia aus der Pupillar=Portion zu berechnen ist (s. oben Nr. 1). Wir haben ferner gesehen, daß der Substitut niemals seine eigene Institutions=Portion zur Deckung der Pupillar=Legate anzugreifen braucht (Nr. 3. lit. a), m. a. W. daß es diesen niemals zum Vortheil gereichen kann, wenn der Pupillar=Substitut zugleich Miterbe des Pupillen ist, sondern die Falzidia gerade so von der Pupillar=Portion abgezogen werden muß, wie wenn irgend ein dritter Nichterbe pupillariter substituirt wäre. Und wir haben endlich gesehen, daß umgekehrt für die dem Substituten selbst aufgelegten Vermächtnisse beide Portionen, die Institutions= und Substitutions=Portion verhaftet sind (Nr. 3. lit. b). Aus einer Kombination dieser drei unzweifelhaften Grundsätze ergiebt sich nun für unsren Fall ganz von selbst das Resultat, daß für die Pupillar=Vermächtnisse die Quart immer nur aus der Pupillar=Portion, und zwar in der Weise zu berechnen ist, daß dabei auch die Substitutions=Vermächtnisse mit in Rechnung zu bringen sind, vgl. auch l. 11. §. 7. h. t.:

> „Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, *nullam fieri posse separationem, quum communi calculo subjiciantur*, et invicem inducant contributionem“;

daß aber für die Substitutions=Vermächtnisse stets auch die Institutions=Portion haftet, und also der Substitut diesen gegenüber nur einen Anspruch auf die Quart der kombinirten Pupillar= und Institutions=Portion hat. Nehmen wir folgenden Fall. Der Testator, welcher im Augenblicke seines Todes 400 im Vermögen hat, ernennt zu Erben seinen unmündigen Sohn, den er mit einem Vermächtniß von 150 an den X. belastet, und den extraneus Titius, den er gar nicht onerirt; zum Pupillar=Substituten ernennt er eben diesen Titius, und hierbei legt er demselben auf, 200 an den Z. zu zahlen. Wenn nun wirklich der Fall der Pupillar=Substitution eintritt, so bekommt der Pupillar=Legatar X. gerade nur so viel, wie wenn Titius gar nicht Miterbe des Pupillen wäre; in diesem Falle würde aber die Summe der Legate (150 + 200) die Pupillar=Portion (= 200) um volle 200 überlasten, und X. erhält also nur 150 — $85\frac{2}{3}$ = $64\frac{1}{3}$. Der Substitutions=Legatar Z. dagegen bekommt seine vollen 200, denn diese können außer jenen $64\frac{1}{3}$, welche X. anzusprechen hat, ohne Ueberschwerung der Quart aus der kombinirten Institutions= und Substitutions=Portion geleistet werden. Vgl. meine angef. Abh. S. 378 fgg.

bb) Es sind dem Pupillen und dem Substituten, und zwar dem Letztren in seiner doppelten Qualität als Institutus und als Substitutus Vermächtnisse aufgelegt, es treffen also Pupillar=, Institutions= und Substitutions=Vermächtnisse zusammen. In diesem Falle kommen natürlich in der Regel ganz die vorher bei lit. aa. angedeuteten Grundsätze zur Anwendung, wobei sich nur von selbst versteht, daß bei der zweiten der oben angeführten Prozeduren die Substitutions= und die Institutions=Legate konfundirt werden müssen, und ihnen gemeinsam die Quart aus dem ganzen Nachlaß abzuziehen ist. Fügen wir z. B. dem bei lit. aa. entschiedenen Falle noch das weitere Merkmal zu, daß Titius auch in primis tabulis mit einem Vermächtniß von 100 an den Y. onerirt ist, so hat der Pupillar=Legatar X. auch in diesem Falle $64\frac{1}{3}$ zu fordern; was aber die beiden andren Legatare anbelangt, so muß der Substitut zu ihrer Befriedigung Alles, was er aus beiden Portionen zusammen über seine Quart hat, anwenden, und verhältnißmäßig unter sie vertheilen; die beiden Legatare haben also einen Anspruch darauf, daß 300 — $64\frac{1}{3}$ = $235\frac{2}{3}$ in dem Verhältniß von 1 zu 2 unter sie vertheilt werde, und Y. erhält demnach Statt 100 nur $78\frac{5}{9}$, Z. aber Statt 200 nur $157\frac{1}{9}$. — Diese Regel muß aber dann eine Ausnahme leiden, wenn die Institutions=Portion die allein oder doch die mehr überlastete ist, denn in diesem Falle müssen nothwendig in Gemäßheit der oben bei Nr. 3. lit. a. aus l. 87. §. 5. 8. h. t. abgeleiteten Grundsätze, die beiden Portionen und sämmtliche drei Arten von Vermächtnissen zusammengerechnet werden. Vgl. meine Abh. S. 383 fgg. —

Die sämmtlichen einzelnen gesetzlichen Entscheidungen, welche hier unter Nr. 3. zusammengestellt sind, lassen sich in den einfachen Grundsatz zusammenfassen:

Wenn der Pupill zum Erben eingesetzt, ein Miterbe desselben ihm

pupillariter substituirt, und der Fall der Pupillar-Substitution wirklich eingetreten ist, so können die Legatare des Pupillen niemals ihre vollere Befriedigung aus der Institutions-Portion des Substituten (also aus der prinzipalen Portion) fordern; die eigenen Legatare des Substituten dagegen haben stets einen Anspruch darauf, daß sie überall, wo dieses möglich ist, auch aus der Portion des Pupillen (also aus der accessorischen Portion) befriedigt werden, und zwar tritt hier stets, sofern dadurch ihre vollere Befriedigung erwartet werden kann, vollständige Vereinigung beider Portionen ein.

4) Wenn Jemand mehreren unmündigen Geschwistern substituirt ist, so würde die Analogie andrer Entscheidungen zu folgender Regel führen: es ist zu unterscheiden, ob der Substitut die Vermächtnisse suo oder alieno nomine schuldet, d. h. ob sie ihm selbst oder ob sie den Unmündigen aufgelegt sind; schuldet er sie alieno nomine, so zieht er von der Portion, auf welcher sie haften, abgesondert die Quart eben so ab, wie dies der Unmündige selbst gekonnt hätte; schuldet er sie aber suo nomine, so werden beide Portionen vereinigt, und von einem Quartabzug ist also nur dann die Rede, wenn die Vermächtnisse mehr wie ¾ der gesammten väterlichen Erbschaft ausmachen. Hiernach kann es wohl kaum zweifelhaft sein, daß der Ausspruch von Papinian in l. 14. §. 2. h. t.:

„Duobus impuberibus substitutum utrique heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat",

lediglich von dem Fall verstanden werden kann, wenn dem Substituten selbst Vermächtnisse aufgelegt worden sind; vgl. meine Abh. XXXVII. S. 359 fgg. Eine übersichtliche Darstellung der sehr von einander abweichenden Ansichten s. ebendas. S. 371 fgg., womit noch zu vergleichen sind *Pernice* cit. p. 62 sqq. und *Gordan* cit. p. 55 sqq. — Hätte übrigens der Vater, welcher seine beiden unmündigen Kinder zu Erben eingesetzt hat, einen Pupillar-Substituten „für das zuletzt Sterbende", oder was im Wesentlichen ganz dasselbe ist, unter der Bedingung „si ambo mortui essent" ernannt, so findet zwar allerdings der Substitut die Erbschaft des früher Verstorbenen in der Erbschaft des Ueberlebenden, aber er darf deßhalb doch nicht als Beiden substituirt angesehen werden, woraus von selbst hervorgeht, daß die Legate, welche ihm als Substituten des früher Verstorbenen aufgelegt waren, hinfällig werden — eben weil dieser Substitutionsfall gar nicht eingetreten ist —, und daß er jure testamenti keinen Anspruch auf eine Quart der ganzen väterlichen Erbschaft hat, sondern nur auf eine Quart der Hälfte, welche dem überlebenden Impubes hinterlassen war, l. 42. de subst. (28, 6), l. 14. §. 3. h. t. Wären jedoch in solchem Falle beide Kinder gleichzeitig gestorben, so tritt er allerdings als Substitut von Beiden ein, und darf darum auch eine Quart der ganzen väterlichen Erbschaft ansprechen, l. 42. de subst. Vgl. meine Abh. XXXVII. S. 376 fgg., *Pernice* cit. p. 66 sqq., *Gordan* cit. p. 59 sqq.

VII. Sehen wir von den beiden, sich ganz von selbst verstehenden Fällen ab, wenn das Zusammentreffen der mehreren Portionen durch reinen Zufall

erfolgt, und wenn dasselbe umgekehrt durch prinzipale Erbeinsetzung desselben Erben auf mehrere Portionen herbeigeführt wird (Nr. I. und II), und halten wir uns nur an die übrigen, allein problematischen Fälle, wenn zu der ursprünglichen Portion eines eingesetzten Erben — wir können sie die prinzipale nennen — durch eventuelle Erbeinsetzung, also durch Substitution, oder in Folge einer Rechtssatzung eine andre Portion — welche man als accessorische bezeichnen kann — hinzutritt: so lassen sich die sämmtlichen einzelnen gesetzlichen Entscheidungen auf folgende einfachen Grundsätze zurückführen:

1) Wenn blos die accessorische Partion überlastet ist, so tritt immer vollständige Trennung ein, so daß also die prinzipale Portion durch die Lasten der accessorischen schlechthin nicht berührt wird.

2) Wenn umgekehrt blos die prinzipale Portion überschwert ist, so muß die accessorische Portion stets die Lasten der prinzipalen tragen helfen, aber mit einer Unterscheidung; wenn das Zusammentreffen der Portionen durch den ausgesprochenen Willen des Erblassers, also durch Vulgar- oder Pupillar-Substitution entsteht, so werden beide Portionen vollständig vereinigt; wird dasselbe aber durch Rechtssatzung, also in Folge Potestäts-Verhältnisses oder durch Anwachsung herbeigeführt, so kommt blos der Ueberschuß der accessorischen Portion den Legataren der prinzipalen zu Gute.

3) Wenn beide Portionen überschwert sind, so ist dann, wenn das Zusammentreffen durch Rechtssatzung erfolgt, immer eine getrennte Berechnung der Falzidia anzunehmen, und es kann hierbei der Natur der Sache nach nichts darauf ankommen, welche von beiden Portionen die mehr überlastete ist. Entsteht aber das Zusammentreffen durch den ausgesprochenen Willen des Erblassers, so kommt es darauf an, ob die accessorische Portion die mehr überlastete ist, indem hier immer getrennte Berechnung der Falzidia Statt findet, oder ob umgekehrt die prinzipale Portion mehr überschwert ist, in welchem Falle beide Portionen und sämmtliche Legate zusammengerechnet werden.

cc) Berechnung der Falzidischen Quart. §. 536.

1) *Gai.* l. 73. pr. h. t.: In quantitate patrimonii exquirenda visum est, mortis tempus spectari. Qua de causa si quis centum in bonis habuerit, tota ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem; sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Et ex diverso, si ex centum, septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis, aut morte servorum, ut non plus quam septuaginta quinque, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur, nec ea res.

de his, quae imputantur in quartam fideicommissariam §. 4 sqq. (opusc. no. 12), *Moeller*, de quarta Trebell. quam vocant. Heidelb. 1815, Lindelof im civ. Arch. IV. N. 30, *v. d. Pfordten*, de praelegatis §. 28 sqq. (p. 85 sqq.), Roßhirt, Verm. I. S. 186 fgg., Buchholtz, Prälegate S. 500 fgg., Jacoby in G. Z. n. F. XVI. S. 58 fgg., Schlagintweit in Jhering's Jahrbb. VI. S. 349 fgg., Dernburg im civ. Arch. XLVII. S. 307 fgg., Schweppe V. §. 936, Mühlenbruch III. §. 767, Wening Buch V. §. 224, Seuffert III. §. 643, Valett III. §. 1197, Sintenis III. §. 215. Not. 24, Arndts, Lehrb. §. 584, Brinz S. 927 fgg., Vering S. 796 fg., Tewes II. §. 121. u. A. m. Viele nehmen dagegen einen Unterschied zwischen beiden Quarten an, der im Allgemeinen darin besteht, daß, während in die Falcidia blos dasjenige eingerechnet werden darf, was der Erbe titulo hereditario erhalten hat, umgekehrt in die Trebelliana auch solches eingerechnet werden müsse, was titulo singulari ex judicio defuncti an den Fiduziar komme. Im Einzelnen sind freilich die Vertheidiger dieser Ansicht nichts weniger als einverstanden. Während nämlich Viele den Fiduziar verpflichten, schlechthin Alles, was er in irgend einer Weise ex judicio defuncti erhalten hat, in die Quart einzurechnen, *A. Faber*, conj. VI. 3—5, *Lauterbach*, colleg. theor. pract. lib. XXXVI. tit. I. §. 30, *Pfeiffer*, de praelegatis §. 23 sqq. (p. 42 sqq.), Nettelblatt, Prälegat. §. 7. 8, *Bertram*, de reb. singulari titulo relictis in quart. Falcid. imputandis. Heidelb. 1834. §. 5 sqq., nehmen Andre wenigstens das aus, was ein Legatar dem Fiduziar conditionis implendae causa leisten muß, *Voet*, comm. ad Pand. XXXVI. tit. 1. §. 48, *Hofacker*, princ. jur. civ. §. 1538, *Malblank*, princ. jur. Rom. §. 768, und Andre gehen noch weiter, indem sie überhaupt Alles, was der Fiduziar conditionis impl. causa erhält, sollte es ihm auch von einem Miterben oder dem Universal-Fideikommissar selbst prästirt werden, von der Einrechnung ausnehmen, vgl. z. B. Westphal, Verm. II. §. 1336, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 708. Eben so herrscht auch unter den Vertheidigern dieser Ansicht Uneinigkeit in Betreff der Prälegate, denn während die Meisten lehren, daß diese ganz — also auch zu dem Theil, den die Miterben dazu beitragen müssen — in die Trebelliana imputirt werden müßten, lehren Andre, daß in dieser Rücksicht kein Unterschied zwischen der Falcidia und der Trebelliana gemacht werden dürfe, *Donell.*, comm. jur. civ. VII. 30. §. 11 sqq. (edid. *Bucher* tom. IV. p. 316 sqq.), Westphal a. a. O., Thibaut a. a. O. und System §. 928, Göschen, Vorles. Bd. III. §. 1069, Puchta, Lehrb. §. 546. Not. h, Keller, Pand. §. 590. Endlich hat noch Volley in einer ausführlichen, von den spätern Bearbeitern unsrer Frage fast gänzlich ignorirten Abhandlung: Versuch über die l. 91. ad leg. Falc. und die damit in Verbindung stehenden Gesetze (im Tübinger krit. Arch. Bd. III. [1803] S. 1 fgg.) die eigenthümliche Meinung vertheidigt, daß man wesentlich zwischen demjenigen unterscheiden müsse, was der Fiduziar von Miterben erhalte, und demjenigen, was ihm von dritten Personen prästirt werden müsse; das Erstre nämlich brauche sich der Fiduziar der Regel nach nicht in die Quart zu imputiren, wovon nur in dem Falle, wenn der Miterbe zugleich auch der Universal-fideikommissar sei, zwei Ausnahmen vorkämen, nämlich einmal, wenn die

Gegenleistung als Preis der Erbschaft zu betrachten sei, und dann zweitens, wenn die Fiktion statthaft sei, daß der Fiduziar die von dem Fideikommissar zu machende Gegenleistung von der Erbschaft selbst zurückbehalte, was arg. leg. 58. §. 3. ad SC. Trebell. und leg. 93. ad leg. Falcid. dann der Fall sei, wenn Geld, nicht aber, wenn andere corpora Gegenstand der Gegenleistung seien, und wenn überdies die Person des Gebers nicht speziell bezeichnet sei; was aber der Fiduziar von dritten Personen zu empfangen habe, das müsse er sich stets in die Quart einrechnen, einerlei, ob es als Fideikommiß, oder ob es conditionis implendae causa zu entrichten sei. — Ich für meine Person muß mich entschieden der Ansicht des Cujacius anschließen, daß juristisch in Betreff der Einrechnung kein Unterschied sei zwischen der quarta Falcidia und der quarta Trebelliana, sondern daß in beide Quarten gleichmäßig Alles, aber auch nur das imputirt werden müsse, was auf den Erben jure hereditario gekommen ist. Es kommt hierbei auf folgende Hauptpunkte an:

I. Für die völlig gleiche Behandlung der Falzidischen und der Trebellianischen Quart sind m. E. folgende Sätze entscheidend:

1) Es ist bekannt, daß der Universalfideikommissar nach dem SC. Trebellianum *heredis loco* war, worin von selbst lag, daß ihm eine Quart nicht abgezogen werden konnte, und so mußte es denn öfter vorkommen, daß der Fiduziar, wenn ihm nach der Restitution wenig oder nichts übrig blieb, lieber die Erbschaft ausschlug, und dadurch denn auch das Fideikommiß zu nichte machte. Darum wurde denn auch durch das SC. Pegasianum verfügt, daß dann, wenn der Erblasser die Restitution von mehr, als ¾ der Erbschaft aufgetragen habe, der Fideikommissar nicht heredis loco, sondern nur *legatarii loco* sein solle, um auf diesem Wege die Anwendung der *lex Falcidia* auf solche Fideikommisse zivilistisch möglich zu machen. Offenbar sollte also dadurch nicht eine neue Quart geschaffen werden, sondern es geschah weiter nichts, als daß man dem Universalfideikommissar seine bisherige Erbenqualität nahm, ihn zum Legatar machte, und ihn dadurch der reinen lex Falcidia unterwarf. Dies ist denn auch sehr bestimmt namentlich von Gaius II. §. 254. ausgesprochen:

> „Sed rursus, quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione Css. Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset, hereditatem restituere, *perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur*".

Wie kann man deutlicher ausdrücken, daß die reine lex Falcidia bei Universalfideikommissen Anwendung finden solle! und vollends jeder Zweifel wird noch beseitigt durch die unmittelbar folgenden Worte: „ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, *eadem retentio* permissa est", denn daß bei Singular-Fideikommissen die Berechnung der Quart nichts Eigenthümliches hat, läßt sich doch schwerlich in Abrede stellen. So wird denn auch in den Pandekten öfter von der Anwendung der lex *Falcidia* auf Universal-

fideikommisse gesprochen, vgl. z. B. l. 27. §. 10, l. 64. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1), womit denn ferner zusammenhängt, daß bei den Römern schlechthin kein besondrer technischer Name für die Quart vorkommt, welche dem Universalfideikommissar abgezogen wird, sondern dieselbe stets nur *Falcidia* genannt wird, *Brisson.*, de V. S. v. Falcidia nr. 3, *Dirksen*, manuale v. Falcidia §. 3.

2) Wenn die gegnerische Ansicht, daß der Fiduziar auch das in die Quart einrechnen müsse, was ihm titulo singulari ex judicio defuncti zufalle, gegründet wäre, so müßte, wenn irgend Konsequenz vorhanden sein soll, von Prälegaten nicht blos der Theil eingerechnet werden, welchen er sich selbst auszahlen müßte, und der deßhalb jure hereditario bei ihm verbleibt, sondern auch derjenige Theil, welcher ihm von den Miterben prästirt werden muß. Dies ist aber entschieden nicht der Fall, und zwar geht dies aus zwei, freilich sehr häufig mißverstandenen Stellen hervor. Die erste ist l. 86. ad leg. Falcid. von Julian:

„Titia testamento suo Titium, fratrem suum, ex parte tertia heredem instituit, fideique ejus commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegavit; quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adjectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur".

Ueber die mancherlei, zum Theil sehr sonderbaren Auslegungen vgl. z. B. Westphal, Verm. II. §. 1833. und Buchholtz, Präleg. S. 477 fgg. S. 512 fgg. Zum richtigen Verständniß dieses Fragments muß man sich nur erinnern, daß vor Justinian ein wesentlicher Unterschied Statt fand, ob die Restitution des Univ. Fideikommisses ex SC. Pegasiano oder ex SC. Trebelliano geschah; das Erstre trat bekanntlich ein, wenn der Fiduziar in seiner Quart überschwert war, und der Fideikommissar galt dann nur als Singularsuccessor, als Legatar; im umgekehrten Falle aber war er ex SC. Trebelliano Universalsuccessor, nämlich heredis loco. Die l. 86. cit. sagt nun: wenn ein auf $\frac{1}{3}$ eingesetzter Erbe, dem ein Grundstück als Prälegat ausgesetzt ist, rogirt worden ist, seine ganze Erbportion an einen Dritten herauszugeben, so müsse er sich $\frac{1}{3}$ des prälegirten Grundstücks in die Quart einrechnen (offenbar, weil hier, wo ex SC. Pegas. restituirt wurde, der Erbe zu $\frac{1}{3}$ Erbe blieb, und sich also auch den dritten Theil zu dem fundus selbst auszahlen mußte); sei er aber gebeten worden, seine Erbportion nach Abzug des Falzidischen Viertheils, an den Dritten herauszugeben, so brauche er sich nur $\frac{1}{12}$ des prälegirten Grundstücks einzurechnen (offenbar, weil hier ex SC. Trebell. restituirt wurde, und also der Erbtheil des Fiduziars sich um die Quote, die er restituiren sollte, verkleinerte, so daß er also nur noch als Erbe zu $\frac{1}{12}$ gelten konnte, und sich also auch nur den zwölften Theil zu dem Prälegate selbst beizutragen hatte). Daß die letztre Entscheidung jetzt für alle Fälle gelten muß, indem nach Justinian's Verordnung immer ex SC. Trebelliano restituirt wird, versteht sich von selbst; soviel geht aber mit

vollster Evidenz aus der l. 86. cit. hervor, daß stets nur der Theil des Prälegats in die Trebelliana eingerechnet werden muß, welcher jure hereditario bei dem Erben bleibt, nicht auch das, was Andre dazu beizutragen haben. (Ueber eine andre, hier nicht weiter in Betracht kommende Schwierigkeit der l. 86. cit. s. oben S. 419 fgg.). — Die andre Stelle ist das berüchtigte Reskript von Diokletian und Maximian in l. 24. C. fam. herc. (3, 36):

> „Filium, quem habentem fundum portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator, post ejus conditionis eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua praecepit, et si quid deest in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens reddere compellitur".

Ueber die sehr zahlreichen und sehr verschiedenartigen Auslegungen dieses Gesetzes, von welchem Cujacius sagt, daß es das schwierigste im ganzen Koder sei vgl. *Schacher*, de rescripto Dioclet. et Maxim. in l. 24. C. fam. herc. Lips. 1770. §. 2 sqq. und Buchholtz, Prälegate S. 647 fgg. Die meiner Ueberzeugung nach unzweifelhaft richtige Interpretation findet sich bei Cujacius, der dieselbe von seinem Lehrer Arn. Ferrerius empfangen zu haben versichert. Cujacius unterstellt folgenden Fall: Es stirbt Jemand mit Hinterlassung eines Vermögens von 700, in welches er sieben Erben, 3 Söhne und 4 Fremde zu gleichen Theilen einsetzt. Dem Einen der Söhne prälegirt er einen fundus im Werth von 28, legt ihm aber dagegen auf, seine Erbportion an seine beiden Brüder und an zwei andre coheredes herauszugeben. Darüber nun, wie dieser seine Quart berechnen dürfe, enthält die l. 24. cit. folgende Vorschriften: er müsse sich zunächst die 4, die er sich selbst zu dem prälegirten fundus beizutragen habe, in die Quart einrechnen („hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta"), dann die 16, die er von den 4 Fideikommissaren als mutuum legatum empfange (denn Jeder dieser vier muß ja zu dem prälegirten fundus $\frac{1}{7}$, also 4 beitragen), kompensiren („compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit"); was jetzt noch an der Quart fehle, also 5, könne er den Fideikommissaren verhältnißmäßig abziehen („si quid deest, in supplementum deducto"), die 8 aber, die ihm die beiden andern Miterben, welche nicht auch Fideikommissare sind, zu dem Prälegat beitragen müßten, habe er über die Quart („quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens"). Vgl. *Cujac.*, Resp. Papin. lib. 2. ad l. 41. de mort. c. donat. und lib. 6. ad l. 78. de hered. inst. (opp. IV. p. 908. 1046), *Ejusd.*, obss. lib. VIII. c. 3. fin., u. s. a. Bolley a. a. O. S. 42 fgg., *Moeller* cit. §. 11. p. 29 sqq., v. Lindelof a. a. O. S. 443 fgg., *v. d. Pfordten* cit. §. 33. p. 106 sqq., und in allem Wesentlichen auch Buchholtz a. a. O. – So aufgefaßt, beweis't also auch diese Stelle, daß der Fiduziar von dem Prälegat sich nur das in die Quart einzurechnen hat, was er sich selbst dazu beizutragen hat, nur daß natürlich die compensatio legatorum mutuorum hier eben so, wie bei Legaten, in Betracht gezogen werden muß. — Hat aber hiernach der Fiduziar im Falle eines eigentlichen Prälegats entschieden denjenigen Theil sich in die Quart nicht

einzurechnen, welchen die Miterben dazu beitragen müssen, so muß man doch gewiß von solchen Vermächtnissen, zu denen der Fiduziar gar nichts beitragen soll, indem der Testator einen speziellen Onerirten ernannt hat, mit zivilistischer Nothwendigkeit behaupten, daß von denselben gar nichts in die Quart zu imputiren sei; denn aus welchem Grunde eine verschiedene Behandlung dieser beiden Fälle eintreten solle, läßt sich wahrlich nicht einsehen.

3) Die gegnerische Ansicht würde konsequent durchgeführt zu dem Satze führen, daß der Fiduziar auch dasjenige in die Quart einrechnen müsse, was er **conditionis implendae causa** empfängt. Das Gegentheil geht aber bestimmt genug aus **l. 30. §. 7. ad leg. Falc.** hervor:

> ***Maecian.*** **libr. VIII. fideicommissorum: „Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae conditionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur, tamen id, quod non figura conditionis accipere jussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Juliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res jussus esset, quia non conditionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt jussi. Quo loco amplius quaesitum est, an fideicommissarius quoque invitus cogatur dare eam summam, et recipere hereditatem, quasi et ipsius fideicommissum esset. Sed id verisimile non est, quum talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur".**

Will man hier nicht etwa mit *A. Faber*, conj. VI. 3. gegen alle Mss. Statt: *hereditatem* restituere lesen: *certas res* restituere, und später die Worte: *et recipere hereditatem* ganz wegstreichen, ein Verfahren, welches einer besondren Widerlegung kaum bedarf, und wogegen auch noch insbesondre die Basiliken (XLI. 1. 30) sprechen, so läßt sich nicht in Abrede stellen, daß Mäcian von Restitution eines Universalfideikommisses redet, und dabei den Grundsatz aufstellt, daß das, was der Fiduziar cond. **implendae causa** erhält, nicht einzurechnen sei, während freilich dasjenige, was ihm der Fideikommissar gleichsam als Pretium zu geben habe, imputirt werden müsse.

II. Das bisher Angeführte scheint mir den vollständigen Beweis zu enthalten, daß die Berechnung der s. g. **quarta Trebell.** sich von der Berechnung der **quarta Falc.** in gar nichts unterscheidet. Doch findet ein faktischer Unterschied allerdings Statt. Bei Universal-Vermächtnissen kommt nämlich eine Art von Dispositionen vor, von welcher der Natur der Sache nach bei Singular-Vermächtnissen keine Rede sein kann, indem der Erblasser dem Erben nicht selten die Restitution der ganzen Erbschaft oder seines ganzen Erbtheils mit Vorbehalt einzelner Sachen oder Summen auflegt. In Betreff dessen, was durch ein solches ***praecipere, retinere*** oder ***deducere*** dem Fiduziar zukommt, wird aber wiederholt in den Quellen der Grundsatz ausgesprochen, daß der Fiduziar dasselbe in die Quart einrechnen müsse, **§. 9. J. de fideic. hered. (2, 23), l. 91. 93. fin. h. t., l. 58. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1)**, und gerade dieser anerkannte Grundsatz, daß durch solche Vorbehalte der Vorschrift des **SC. Pegasianum** Genüge geschehe, verbunden mit dem andren damit zusammenhängenden Dogma, daß in solchem Falle die Restitution **ex SCto *Trebelliano***

(nicht ex Pegasiano) in der Weise geschehe, daß sämmtliche Erbschaftslasten, sowohl Schulden wie Vermächtnisse auf den Fideikommissar übergehen, §. 9. J. cit., l. 1. §. 16. 17, l. 30. §. 3, l. 63. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1), war wohl der Hauptgrund, weßhalb solche Dispositionen bei den Römern so häufig vorkamen; denn hätte der Erblasser Statt solchen Vorbehalts einzelner Sachen angeordnet, daß die Quart retinirt werden solle („retenta quarta parte", vgl. z. B. l. 86. h. t., l. 75. §. 1. ad SC. Trebell.), so tritt die Inkonvenienz ein, daß „actiones scinduntur", §. 9. J. cit., und hätte er ohne allen Vorbehalt die Restitution des ganzen Erbtheils angeordnet, und der Erbe wollte sein Recht auf die Quart geltend machen, so mußte es vor Justinian zu den noch mißlicheren stipulationes partis et pro parte kommen, vgl. Neuner, her. inst. ex re certa S. 109 fg. Not. 28. Wenn es nun aber hiernach feststeht, daß die dem Fiduziar vorbehaltenen einzelnen Sachen oder Summen in die Quart eingerechnet werden müssen, so entsteht die Frage, wie dies mit den bei Nr. I. angedeuteten Prinzipien in Einklang gebracht werden könne, indem ja hiernach nur das zu imputiren ist, was dem Fiduziar titulo *hereditario* zugewendet ist. Wäre es richtig, was Viele behaupten, und was auch in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs behauptet worden ist (s. auch jetzt wieder Brinz S. 927 fgg.), daß der Fiduziar solche vorbehaltene Sachen wirklich jure hereditario inne habe, so wäre freilich gar keine Schwierigkeit vorhanden. Aber dies ist gewiß nicht richtig, und die Argumentation, womit man jene Behauptung unterstützt, „die einzelnen vorbehaltenen Sachen seien doch jedenfalls von Anfang an in der Erbportion des Fiduziar enthalten, und dadurch, daß er nun das Uebrige an einen Andren restituire, könne sich der Titel, auf welchen er jene Sachen inne habe, nicht verändern", diese Argumentation, sage ich, leidet an dem offensichtlichen Fehler, daß dabei angenommen wird, es handle sich um die Restitution des Uebrigen, während doch in Wahrheit die Restitution des Ganzen vorausgesetzt wird, und vorausgesetzt werden muß, wenn von einem Universal-Vermächtniß die Rede sein soll; denn ein Vermächtniß des Uebrigen wäre durchaus nur ein Singular-Vermächtniß an einem Komplex mehrerer Sachen, wobei an einen Uebergang der actiones hereditariae nicht gedacht werden könnte. Die richtige Auffassung ist hiernach offenbar nur die, daß der Erbe wirklich seinen ganzen Erbtheil an den Fideikommissar restituirt, und nur von diesem die vorbehaltene Sache oder Summe als Singular-Vermächtniß anzusprechen hat, und daß er thatsächlich wegen dieses Gegenanspruchs das Vorbehaltene nicht mit zu restituiren braucht, sondern es sogleich zurückbehalten darf; vgl. Neuner a. a. O. S. 95 fgg. Da hiernach der Fiduziar allerdings die vorbehaltene Sache titulo *singulari* inne hat (vgl. auch §. 9. J. de fideic. hered.: „res *quasi ex legato* ei acquisita"), so ist die oben angedeutete Schwierigkeit wirklich vorhanden, und dieselbe kann auch schwerlich mit Neuner a. a. O. S. 107 fgg. durch die Behauptung beseitigt werden, daß solche vorbehaltene Sachen nicht eigentlich in die Quart imputirt würden, sondern dabei nur die *compensatio* legatorum mutuorum zur Anwendung komme, welche hier nur zu demselben Resultate führe, wie die Imputation, weil ja der Fiduziar mit sonstigen Vermächtnißnehmern nichts zu thun habe. So wahr diese letztre Bemerkung ist, so bleibt doch immer das gewichtige Bedenken, daß die Gesetze ausdrücklich von einer

eigentlichen Einrechnung sprechen, vgl. besonders l. 91. h. t., und man darf dies um so weniger als einen ungenauen Ausdruck ansehen, weil nur dann, wenn man wahre Einrechnung annimmt, es sich erklären läßt, daß durch solche Zuwendungen die Restitution ex SCto *Pegasiano* abgewendet wurde, vgl. bes. l. 93. fin. h. t., denn dieses war bekanntlich nur dann der Fall, wenn der Erblasser die Quart wirklich hinterlassen hatte, was im Falle der satisfactio durch blose compensatio keinen Falls gesagt werden kann. Wenn endlich Dernburg a. a. O. S. 314 fgg. die Einrechnung dadurch erklären will, daß nach römischer Anschauung (arg. leg. 19. 87. h. t.) durch den Betrag der res retinenda oder pecunia accepta der Werth des Fideikommisses verringert, dieses Fideikommiß also um so viel kleiner werde, und folgeweise also die Quart insoweit nicht als überschwert angesehen werden könne: so kann ich in dieser Darstellung nur einen neuen Ausdruck für die alte vorher besprochene Ansicht finden, daß der Fiduziar die vorbehaltene Sache *jure hereditario* habe; denn wenn dadurch das Fideikommiß um so viel kleiner werden soll, so heißt dies eben nichts anderes, als: sie geht gar nicht aus der Erbportion heraus, der Erbe behält sie jure hereditario. — Meine Meinung ist folgende. Es ist unzweifelhaft, daß der Erblasser dem Erben Statt der Quart auch andre Zuwendungen, unter Lebenden oder mortis causa, namentlich auch durch Legat, machen kann, und diese sind dann, wenn der Erbe nicht darauf verzichtet, stets in die Quart zu imputiren, obwohl sie nur titulo singulari erworben sind, vgl. l. 56. §. ult., l. 75, l. 90. h. t., l. 11. C. h. t. Daß eine solche Absicht des Erblassers nicht bei einer jeden dem Erben gemachten Zuwendung angenommen werden darf, sondern in der Regel eine ausdrückliche Erklärung desselben verlangt wird, versteht sich von selbst; aber gerade bei Zuwendungen solcher Art, wie wir sie hier voraussetzen, wenn der Erbe angewiesen ist, *retenta* oder *praecepta* re die ganze Erbschaft zu restituiren, tritt jene Absicht des Erblassers so bestimmt und scharf hervor, daß eine solche ausdrückliche Erklärung desselben völlig entbehrlich wird, und es ist also ganz in der Ordnung, daß hier der Erbe gerade so zur Einrechnung solcher vorbehaltenen Sachen oder Summen in die Quart verpflichtet wird, wie wenn der Erblasser dies ausdrücklich vorgeschrieben hätte, vgl. bes. l. 90. h. t. (in welcher Stelle der hier angedeutete Gedankengang für einen, dem unsrigen ganz gleichen Fall, wenn nämlich *accepta* pecunia die Restitution der ganzen Erbschaft anbefohlen ist, mit bestimmten Worten ausgesprochen wird). Hiernach ist aber einleuchtend, daß die gesetzliche Bestimmung, wonach der Fiduziar das ihm Vorbehaltene in die Quart einrechnen muß, durchaus keine wahre Eigenthümlichkeit für die s. g. quarta Trebellianica enthält, und noch weniger daraus abgeleitet werden darf, daß der Fiduziar Alles, was er titulo singulari erhalte, in dieselbe einrechnen müsse, sondern daß hier nur ein auch bei der quarta *Falcidia* geltender Grundsatz auf einen besondren Fall angewendet ist, der bei Singular-Vermächtnissen freilich nicht vorkommen kann; vgl. jetzt auch Jacoby a. a. O. S. 66, Schlagintweit a. a. O. S. 350 fgg., Bering S. 796. — Hierbei kommen aber noch folgende speziellen Punkte in Betracht:

1) Wenn einem heres *ex asse* die Restitution der Erbschaft aufgegeben ist, so macht es keinen Unterschied, ob der Vorbehalt sich auf Sachen bezieht, welche in specie in der Erbschaft vorhanden sind, oder auf eine Summe

Geldes, denn für beide Fälle tritt das vorher Ausgeführte in vollem Umfange ein. Ganz anders aber verhält es sich mit einem **Theilerben**; wenn diesem eine Summe Geldes vorbehalten ist, so kann diese allerdings ausschließlich aus der zu restituirenden Portion entnommen, also wirklich retinirt werden, und hier kommen also ebenfalls die obigen Grundsätze vollständig zur Anwendung; wenn aber der Vorbehalt auf eine in der Erbschaft befindliche Spezies geht, so ist ein wahres Retiniren nur für einen so großen Theil derselben möglich, als der Erbportion des Fiduziar entspricht, und die übrigen Theile der vorbehaltenen Sache können nicht retinirt, sondern müssen von den Miterben an den Fiduziar herausgegeben werden, so daß derselbe diese allerdings nur wie ein gewöhnliches andres Vermächtniß empfängt, und dieselbe also auch nicht in die Quart zu imputiren braucht, sondern sich nur, wenn die Miterben zugleich auch die Fideikommissare sind, die Kompensation gefallen lassen muß, l. 58. §. 8. ad SC. Trebell. (36, 1):

> *Papinian.* „Acceptis *centum* hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam jure Falcidiae percipere videtur, et ita D. Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset; quod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Diversa causa est *praediorum* pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri possit, praediorum autem alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur. Quum autem praedia majoris pretii, quam portio hereditaria essent, in superfluo praediorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est; concurrentem enim pecuniam compensari placuit". (Der Sinn des Schlußsatzes ist, daß der Fideikommissar, wenn er durch die an den Fiduziar zu prästirenden praedia in seiner Quart überschwert ist, allerdings die Falzidia abziehen darf, vorausgesetzt, daß die Ueberschwerung nicht durch die Erbportion, die der Fiduziar ihm restituirt, gedeckt wird; denn soweit eine Deckung statt findet, tritt Kompensation ein; vgl. auch Buchholtz a. a. O. S. 521 fg.);

l. 77. pr. de legat. II:

> *Papinian.* „Quum pater filios eorumque matrem heredes instituisset, ita scripsit: peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano, partem hereditatis restituas matri tuae. Respondi, *praedium* quidem hereditarium judicio divisionis de communi filiam habituram, *pecuniam* autem de parte sua retenturam".

Vgl. Buchholtz a. a. O. S. 255 fgg. S. 504 fgg., Reuner a. a. O. S. 427 fgg., Dernburg a. a. O. S. 311 fgg.

2) Dem bisher betrachteten Falle steht der andre ganz gleich, wenn der Erbe angewiesen ist, *accepta* certa pecunia seinen Erbtheil zu restituiren, und in der That ist dies auch, wenn der Erblasser die Person des Gebers nicht bezeichnet hat, vollkommen in der Natur der Sache begründet, indem hier bei *accepta* nothwendig zu suppliren ist *„ex hereditate mea"*, vgl. l. 77. pr. cit.,

und ein „Empfangen aus der Erbportion" nichts Anderes, wie ein Retiniren ist, l. 93. fin. h. t.:

> *Papinian.* „Plane, si quis ita scripsit: acceptis centum peto restituas hereditatem, neque personam dantis demonstraverit, *quasi retentam et praeceptam pecuniam*, si quartae sufficiat, inducere Trebellianum".

Aber selbst auch, wenn ausdrücklich der Fideikommissar als Geber bezeichnet ist („acceptis *a Maevio* centum, hereditatem Maevio restituas"), wurde in Folge kaiserlicher Reskripte, obwohl hier allerdings die Annahme einer Retention nicht mehr zulässig ist (vgl. auch l. 13. §. 6. de hered. petit.), ganz dasselbe angenommen, so daß der Fiduziar auch diese Zuwendung in die Quart einrechnen muß, l. 30. §. 7, l. 91. 93. h. t., l. 63. §. 5. ad SC. Trebell. (36, 1), und zwar gewiß mit größtem Rechte, da beide Fälle, ungeachtet ihrer sonstigen nicht zu verkennenden Verschiedenheit, doch offenbar darin völlig gleich sind, daß sich in beiden der Wille des Erblassers klar ausspricht, der Fiduziar solle das acceptum als Quart haben. Aus diesem Grunde muß denn auch ganz dasselbe bei einem Singular-Vermächtniß angenommen werden, und wenn also z. B. dem Erben aufgegeben war, ein Landgut gegen Empfang einer bestimmten Geldsumme an den Mävius herauszugeben, so muß diese Geldsumme auch in die gewöhnliche Falzidische Quart ganz eben so imputirt werden, wie dieselbe in unsrem Falle in die Trebellianische Quart eingerechnet werden muß, vgl. auch l. 19, l. 30. §. 1, l. 87. pr. h. t.

III. Eine Hauptstütze der hier bekämpften Ansicht ist der Ausspruch von Marcian in l. 91. ad leg. Falc.:

> „In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas jure hereditario capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit, nam hae in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditato restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam id est, quod a coherede accipitur. Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit, in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est; si quid vero implendae conditionis heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse, et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur".

Daß hier Marcian Verschiedenheiten zwischen der quarta Trebell. und der quarta Falcidia anzugeben beabsichtigt, ist unleugbar (*sed* in fideic. hered.), aber dies kann uns auch nicht Wunder nehmen, da ja wirklich, wie wir sahen, faktische Verschiedenheiten zwischen beiden bestehen, und so kann denn auch namentlich, was im Fortgange der Stelle von dem praecipere vel deducere vel retinere, und von dem Falle der accepta pecunia gesagt ist, schlechthin

nicht als unsrer Ansicht widerstreitend angesehen werden. Eben so wenig kann aber auch der Ausspruch des Juristen, daß der Fiduziar auch das, was er als Legat oder Fideikommiß erhalte, in die Quart einrechnen müsse, eigentliche Schwierigkeiten machen, da ja dieser Satz gleich nachher in völliger Uebereinstimmung mit unsrer Ansicht näher dahin bestimmt wird, daß derjenige Theil des Vermächtnisses, welchen die Miterben zu prästiren haben, nicht imputirt zu werden brauche. Dagegen aber weicht Marcian in den folgenden Worten, wonach der Fiduziar auch dasjenige einrechnen müsse, was er cond. impl. causa von dem Fideikommissar empfange, ganz entschieden von der bisher vertheidigten Theorie ab, und namentlich möchte es schwerlich einer Auslegung gelingen, den Widerstreit dieses Ausspruchs mit der l. 30. §. 7. ad leg. Falc. zu beseitigen. In der That dürfte hier kein andrer Ausweg übrig bleiben, als den ganzen Passus: „Sed et quod — — — sciendum est", als ein unechtes, in den Text eingeschlichenes Glossem zu betrachten, eine Annahme, die von sehr vielen älteren und neueren Interpreten vertheidigt wird, und der es auch wirklich weder an innern noch an äußern Gründen fehlt. Namentlich fehlte dieser ganze Passus ursprünglich in dem Florentiner Manuskript, indem er dort erst von späterer Hand nachgetragen worden ist (s. die Note bei Geb. Spangenb. ad h. l.), und eben so fehlt derselbe in den Basiliken (XLI. 1. 91; tom. V. p. 398), so wie denn auch der Ausdruck ***fideicommissum*** cond. impl. causa nicht nur dem sonstigen Sprachgebrauch unangemessen, sondern geradezu unrichtig erscheint. Daß übrigens das Auswerfen jener Worte den Zusammenhang der ganzen Stelle nicht im Mindesten stört, und namentlich auch die folgenden Worte: Si quid vero etc. sich auch sehr gut an die vorhergehenden: Sed et si accepta pecunia rel. anschließen, leuchtet von selbst ein, wenn man nur erwägt, wie nahe der Fall der accepta pecunia und der Fall des cond. impl. causa acceptum an einander grenzen, und wie wünschenswerth daher die scharfe Gegenüberstellung derselben in ihrer rechtlichen Verschiedenheit sein mußte. Vgl. auch *Cujac.* cit., *Moeller* cit. §. 10. p. 28 sqq., v. Lindelof a. a. O. S. 447 fgg., *v. d. Pfordten* cit. p. 100 sqq., Roßhirt I. S. 191 fgg., Jacoby a. a. O. S. 66 fgg., Tewes S. 390. Die schon von manchen Aelteren, und neuerlich auch wieder von Reuner, her. inst. ex re certa S. 110 fgg. Not. und Dernburg S. 320 fg. vertheidigte Ansicht, daß kein hinreichender Grund zur Ausmerzung jener Worte vorhanden, sondern es viel natürlicher sei, eine aus innern Gründen leicht erklärliche Meinungs-Verschiedenheit unter den römischen Juristen anzunehmen, scheint mir besonders darum unbefriedigend, weil die eigentliche Hauptschwierigkeit der l. 91. cit. dadurch gar nicht beseitigt wird. Diese besteht nämlich nicht darin, daß Marcian im Widerspruch mit l. 31. §. 7. h. t. auch in Betreff des conditionis impl. c. acceptum eine Einrechnung in die Quart annimmt — das wäre allerdings leicht erklärlich, da der Fall der pecunia a fideicommissario accepta mit dem Falle der pecunia condit. impl. causa accepta wirklich nahe verwandt ist, vgl. auch l. 13. §. 6. de hered. petit. (5, 3), und l. 109. de condit. et demonstr. (35, 1), und daher der Schluß von dem Einen auf das Andre gar nichts Ungedenkbares enthalten würde, s. darüber noch insbesondre Schlagintweit a. a. O. S. 354 fgg. und Dernburg a. a. O. S. 317 fgg. —, sondern die Hauptschwierigkeit ist die, daß

Marcian unter Voraussetzung der gewöhnlichen Lesart, in Betreff des conditionis impl. c. acceptum einen Gegensatz zwischen Universal- und Singular-Vermächtnissen aussprechen würde, der durch nichts gerechtfertigt werden kann; und diese Schwierigkeit kann m. E. lediglich durch Ausmerzung der kritischen Worte gehoben werden.

IV. Ich habe bei der ganzen bisherigen Erörterung die Erbschafts-Früchte ganz außer Betracht gelassen, und dennoch wird von Vielen auch in dieser Rücksicht ein Unterschied der Berechnung zwischen der quarta Trebelliana und Falcidia angenommen. Man lehrt nämlich häufig, daß solche Früchte in die qu. Falcidia nicht einzurechnen seien, l. 30. pr. h. t.: „quemadmodum ad heredis lucrum pertinent fructus, partus ancillarum — —", cf. l. 73. pr. eod., §. 2. J. h. t., daß dies aber allerdings bei der quarta Trebelliana der Fall sei, l. 18. §. 1. ad SC. Trebell. (36, 1): „Plane fructus in quartam imputantur, ut est et rescriptum", l. 8. §. 11. de inoff. test. (5, 2): „fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum". Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß auch in Beziehung auf die Früchte die Berechnung der qu. Treb. auf keinem andren Prinzip beruht, als die Berechnung der Falcidia, obwohl bei der erstren der Umstand, daß die Erbschaft selbst Gegenstand des Vermächtnisses ist, zu äußerlich verschiedenen Erscheinungen führt. Wenn ein Singular-Vermächtniß hinterlassen ist, so sind in Betracht der Früchte folgende Fälle zu sondern:

1) Die Früchte, welche in die Zeit der hereditas jacens fallen, sind niemals in die Quart einzurechnen, sondern diese lukrirt der Erbe nach dem Prinzip, daß die Frage, ob ein Abzug der Quart Statt finde oder nicht, stets nach dem Augenblicke des Todes des Erblassers zu beantworten ist, und wie andre Vermehrungen der Erbschaft, so kann auch Vermehrung durch Fruchterzeugung das einmal begründete Recht auf Abzug der Quart weder schmälern, noch aufheben, l. 30. pr., l. 73. pr. h. t. §. 2. J. h. t.

2) Was die nach der Antretung vom Erben gezogenen Früchte anbelangt, so ist zu unterscheiden:

a) Wenn das Vermächtniß sogleich im Moment der Antretung fällig wird, aber es verzögert sich dennoch etwa die wirkliche Auszahlung desselben, so bleiben natürlich ebenfalls die von der Antretung bis zur wirklichen Zahlung gezogenen Früchte außer aller Berechnung, obwohl es freilich geschehen kann, daß der Erbe dem Legatar wegen Verzugs zur Prästation von Zinsen oder Früchten verpflichtet werden kann. Es versteht sich dies darum ganz von selbst, weil Umstände, die erst nach dem dies veniens eintreten, begreiflich noch viel weniger Einfluß auf die Berechnung der Quart haben können, als solche, welche schon vor der Erbschaftsantretung eingetreten sind. Setzen wir, das pure hinterlassene Vermächtniß beträgt 350, die Erbschaft aber im Augenblick des Todes 400; während der hereditas jacens kommen 50, und nach der Antretung bis zur wirklichen Auszahlung des Vermächtnisses noch weitere 50 an Früchten hinzu, so daß in diesem Augenblicke 500 in der Hand des Erben sind. Dennoch gibt derselbe nur 300 an den Legatar heraus, und nur wegen etwaigen Verzugs muß er von diesen 300 Strafzinsen zahlen, was aber natürlich mit der Berechnung der Quart nichts zu schaffen hat.

b) Wenn aber das Vermächtniß ein bedingtes oder betagtes ist, so daß dasselbe erst nach der Antretung fällig wird, so gilt der Grundsatz, daß dasselbe nicht zu dem vollen Nominalwerthe gilt, sondern eigentlich um so viel verringert wird, als das commodum repraesentationis von der Zeit der Antretung bis zu dem dies veniens ausmacht, l. 66. pr., l. 73. §. 4, l. 88. §. 3. h. t., woraus von selbst hervorgeht, daß sich der Erbe bei Berechnung der Quart dieses commodum repraesentationis anrechnen lassen muß, m. a. W. daß der Erbe sich die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte eines bedingten oder betagten Legats in die Falzidische Quart imputiren muß, l. 15. §. 6, l. 24. §. 1, l. 88. §. 3. h. t. Nehmen wir z. B. den Fall, welchen Afrikanus in l. 88. §. 3. cit. entscheidet. Das Vermögen beträgt 200, und es sind zwei Vermächtnisse angeordnet, ein unbedingtes von 100 an den Primus, und ein bedingtes ebenfalls von 100 an den Secundus. Zur Zeit, als die Bedingung eintrat, hat der Erbe von diesen 100 an Früchten 25 gezogen, und es handelt sich jetzt um Abzug der Quart. Afrikan entscheidet, daß noch 25 abgezogen werden dürften, und außerdem — weil ja der Erbe nicht blos die Quart, sondern natürlich auch die Früchte der Quart vom Augenblick der Erbschaftsantretung an in Anspruch nehmen kann — noch die Früchte von 50 während der Zwischenzeit, die wir einmal mit Afrikan im Betrag von 5 annehmen wollen. Zu diesen 30, die hiernach der Erbe fordern kann, muß aber Primus $\frac{4}{7}$, Secundus nur $\frac{3}{7}$ beisteuern; denn obwohl der Nominalwerth beider Legate gleich ist, so muß doch das Vermächtniß an den Secundus um so viel kleiner angenommen werden, als die davon pendente conditione vom Erben gezogenen Früchte ausmachen, so daß es also nur im Betrag von 75 anzurechnen, und also auch der Betrag zur Falcidia nur nach diesem Verhältniß zu bestimmen ist, vgl. auch *Cujac.* ad Afric. tract. V. ad h. l. (opp. I. p. 1368 sqq.), *Husman*, Parad. ad leg. Falc. nr. 19. (bei Otto IV. p. 1745 sqq.), *Voorda* cit. cap. 9. §. 8. p. 225 sqq., Roßhirt I. S. 573. Not.

Vergleichen wir nun hiermit die Grundsätze, welche im Falle eines Universal-Fideikommisses gelten (s. auch Hoffmann in Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 85 fgg.), so muß man sagen:

1) Was die vor Antretung der Erbschaft gezogenen Früchte anbelangt, so vermehren dieselben augenscheinlich die Erbschaft selbst, und da der Fiduziar die Erbschaft restituiren soll, so muß er auch diese Früchte herausgeben, l. 27. §. 1. ad SC. Trebell. (36, 1). Von einer Einrechnung derselben in die Trebellianische Quart kann aber eben so wenig die Rede sein, wie bei irgend einer beliebigen andren Erbschaftssache. Wenn also auch der Unterschied zwischen Singular- und Universal-Vermächtniß besteht, daß bei dem erstren der Onerirte diese Früchte lukrirt — eben weil sie in der ihm gemachten Auflage gar nicht begriffen sind —, bei dem letztren aber dieselben an den Fideikommissar restituirt werden müssen — eben weil sie zu demjenigen gehören, dessen Restitution dem Fiduziar aufgelegt ist —: so ist doch in Betreff der Einrechnung in die Quart hier offenbar kein Unterschied vorhanden.

2) In Betreff der nach der Erbschaftsantretung gezogenen Früchte ist wieder zu unterscheiden:

a) Wenn der dies veniens sogleich mit der Antretung eintritt, sich aber dennoch die wirkliche Restitution des Fideikommisses noch verzögert, so fallen die inzwischen gezogenen Früchte als reines lucrum dem Fiduziar zu, und sind weder zu restituiren, noch in die Quart zu imputiren, l. 18. §. 2, l. 22. §. 2, l. 27. §. 1, l. 44. §. 1. ad SC. Trebell. (36, 1). Daß auch hier die Mora des Fiduziar eine Verbindlichkeit zur Herausgabe der Revenuen begründen kann, versteht sich eben so sehr von selbst, wie daß die Früchte auch dann an den Fideikommissar restituirt werden müssen, wenn auch auf sie speziell der fideikommissarische Auftrag gerichtet war, l. 18. pr., l. 27. §. 1, l. 44. §. 1. citt., aber von einer Einrechnung in die Quart kann natürlich auch in diesem Falle keine Rede sein.

b) Ist aber das Universal-Fideikommiß bedingt oder betagt, so sind die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte auch nicht zu restituiren, wohl aber allerdings in die Quart zu imputiren, so daß, wenn durch diese Früchte die Quart und die Früchte der Quart gedeckt sind, der Abzug derselben ganz unterbleiben muß, l. 22. §. 2. ad SC. Trebell.: „— — Alia causa est, si sub conditione vel in diem rogatus fuerit; tunc enim, quod percipitur summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quarta fuerit et quartae fructus; nam fructus, qui medio tempore percepti sunt, ex judicio testantis percepti videntur"; vgl. auch l. 8. §. 11. de inoff. test. (wo von einem betagten Fideikommiß die Rede ist „et rogatus est *post certum temporis* restituere hereditatem" und in spezieller Beziehung hierauf dann gesagt ist: „fructus enim solere in Falcidiam imputari, non est incognitum"), l. 18. §. 1. ad leg. Falc. (wo, wie aus dem princ. mit Evidenz hervorgeht, von einem Falle gesprochen ist, in welchem der Fiduziar nach seinem Tode die Erbschaft restituiren soll) und l. 58. §. 5. ad SC. Trebell. (wo gleichfalls nur von einem Falle die Rede ist, in welchem der dies fideicommissi erst nach der Antretung cedirt). Hiernach kann es nicht den mindesten Zweifel leiden, daß auch der Ausspruch Ulpians in der l. 18. §. 1. ad SC. Trebell.: „Plane fructus in quartam imputantur, ut est et rescriptum" gerade nur auf solche Fälle von bedingten oder betagten Fideikommissen zu beschränken ist, und der generelle Ausdruck erklärt sich leicht, wenn man erwägt, daß Universal-Fideikommisse bei den Römern eben so wie bei uns in den bei Weitem meisten Fällen unter einer Tagsbestimmung hinterlassen wurden. Jene Beschränkung ist aber um so zweifelloser, da die l. 22. §. 2. ad SC. Trebell., wo so bestimmt zwischen einem fideic. praesenti die, und einem fideic. sub conditione vel in diem unterschieden wird, gerade auch denselben Ulpian zum Verfasser hat. — Von der hier angegebenen Regel, daß im Falle eines betagten oder bedingten Univ.-Fideik. die inzwischen gezogenen Früchte in die Quart eingerechnet werden müssen, hat aber Zeno in l. 6. C. ad SC. Trebell. (6, 49) eine spezielle Ausnahme für den Fall eingeführt, wenn Aeltern ein zum Erben eingesetztes Kind beauftragen, die Erbschaft nach seinem Tode einem Andern zu restituiren; hier soll nämlich die Quart niemals aus den Revenuen, sondern immer de ipsis rebus hereditariis berechnet werden, und zwar soll dies selbst dann der Fall sein, wenn auch der Testator ausdrücklich das Gegentheil angeordnet hätte. Auf andre Fälle soll aber, wie noch besonders

in §. 2. der l. 6. cit. hervorgehoben wird, diese neue Bestimmung nicht ausgedehnt werden dürfen.

dd) Rechtsmittel des Erben. §. 537.

ee) Ausnahmen. §. 538.

Anm. Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen der Abzug der Falzidischen Quart nicht Statt hat, und diese sollen in dem Folgenden zusammengestellt werden.

I. Aus Gründen in der Person des Testirers fällt der Abzug hinweg:

1) wegen besondren Privilegiums bei dem Testamente eines Soldaten, l. 7. C. h. t., l. 12. C. de test. milit. (6, 21), l. 3. §. 1. ad SC. Trebell. (36, 1). Hat Jemand zuerst in einem militärischen letzten Willen und später als paganus Vermächtnisse hinterlassen, so kann von den letztren allerdings die Quart abgezogen werden, aber nicht etwa die Quart von der ganzen Erbschaft, sondern nur von demjenigen Theile der Erbschaft, welcher nach Auszahlung der im militärischen Testamente ausgesetzten Vermächtnisse noch übrig bleibt, so daß also z. B. wenn der Testirer mit einem Vermögen von 400 verstirbt, und in einem militärischen Testamente 300, später als paganus 100 legirt hat, der Erbe an dem letztren Vermächtniß nur 25 kürzen kann. Wäre schon durch die militärischen Legate die ganze Erbschaft erschöpft, so werden diese allerdings verhältnißmäßig verringert, um auch das paganische Vermächtniß realisiren zu können, und dann zieht der Erbe von der für dieses Letztre bestimmten Summe die Quart ab. Wenn also z. B. Jemand, der überhaupt nur 400 im Vermögen hat, in einem militärischen Testamente Vermächtnisse im Betrag von 400 anordnet, und später als paganus noch weitere 100 legirt, so werden die militärischen Legate um $\frac{1}{5}$ verringert, und von den 80 die dadurch für das paganische Vermächtniß gewonnen werden, zieht dann der Erbe die Quart (= 20) ab, l. 17. §. 4, l. 18. de test. milit. (29, 1), l. 17. 92. 96. h. t.

2) Der Testator kann auch den Abzug der Quart verbieten. Vor Justinian war der Erblasser allerdings nicht im Stande, die Anwendung der lex Falcidia zu hintertreiben weder unmittelbar durch ausdrückliches Verbot, noch auch mittelbar, etwa durch unwahren Werthanschlag seiner Sachen, l. 15. §. 8. h. t., l. 81. §. 4. de leg. I, oder durch Erbeinsetzung unter der Bedingung: „wenn der Eingesetzte auf die lex Falcidia verzichten und mit einer bestimmten Summe zufrieden sein zu wollen versprechen werde“, l. 27. h. t. Nur insofern hatte auch schon damals der Wille des Testirers Einfluß auf die Quart, daß er den Erben wirksam verpflichten durfte, auch solche Sachen, die dieser titulo *singulari* ex judicio defuncti erhielt, und die derselbe also nach allgemeinen Grundsätzen nicht in die Quart einzurechnen brauchte, doch in dieselbe zu imputiren, l. 56. §. 5, l. 75. h. t., und daß er bestimmen durfte, daß einzelne Vermächtnisse vollständig ausgezahlt werden sollten, in welchem Falle dann der Abzug von den übrigen um so größer ausfallen mußte, l. 88. §. 2. h. t., l. 6. fin. de fideic. libert. (40, 5). Hierher gehört auch der interessante Fall, welchen Afrikanus in

l. 88. pr. h. t. entscheidet. Es hat nämlich Jemand, welcher 400 im Vermögen hat, Vermächtnisse im Betrage von 300 angeordnet, und dann noch weitere 100 unter der Bedingung legirt: „Si legi Falcidiae in suo testamento locus non esset“. Afrikan entscheidet: „Dixi τῶν ἀπόρων [ex perplexis] hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου [cavillatorii] dicitur. Etenim, quidquid constituerimus verum esse, falsum reperietur; namque si legatum sibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit, ideoque deficiente conditione non debebitur; rursus si, quia conditio deficiat, legatum valiturum non sit, legi Falcidiae locus non erit, porro si legi locus non sit, existente conditione legatum tibi debebitur. *Quum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est, ut statuere debeamus, tui legati conditionem defecisse*“. Daß auch der Ausspruch Ulpian's (libr. XII. ad leg. Jul. et Pap.) in l. 64. h. t.: „Si in testamento ita scriptum sit, heres meus L. Titio decem dare damnas esto, et quanto quidem minus per legem Falcidiam capere poterit, tanto amplius ei dare damnas esto, sententiae testatoris standum est“ auf einen Fall dieser Art zu beziehen sei, wird zwar von den Meisten angenommen, vgl. z. B. *J. Gothofr.*, not. ad cap. 30. leg. Jul. et Pap. Popp. §. 4, Mühlenbruch, Lehrb. §. 759. Not. 9, Roßhirt I. S. 530. 584, aber doch wohl kaum mit Recht. Eine letztwillige Disposition, wie man sie in Gemäßheit dieser Auslegung annehmen müßte („dem Titius vermache ich 10, und um wie viel durch dieses Vermächtniß die Quart des Erben verkürzt sein sollte, um so viel mehr soll der Erbe dem Titius geben“), würde augenscheinlich so verzwickt und wunderlich sein, daß Ulpian sie kaum zum Anknüpfungspunkt einer juristischen Erörterung gewählt haben dürfte; und zudem würde die Entscheidung Ulpians nothwendig voraussetzen, daß auch noch andre Legate angeordnet seien, an welche der Erbe seiner Quart wegen sich halten könnte, aber davon kommt in der Stelle auch nicht die mindeste Andeutung vor. Ein sehr guter Sinn entsteht dagegen, wenn man als Subjekt des Satzes: et quanto quidem minus per legem Falcidiam capere poterit, nicht, wie gewöhnlich geschieht, den Legatar Titius, sondern vielmehr den heres auffaßt, was auch schon rein grammatisch fast nothwendig erscheint. Danach würde aber der Sinn der Disposition, deren Giltigkeit hier Ulpian behauptet, folgender sein: „mein Erbe soll dem Titius 10 geben, und findet sich, daß derselbe dann noch mehr als seine Quart hat, so soll er diesem Legat von 10 noch so viel zulegen, als er unbeschadet seiner Quart missen kann“, vgl. *Kellinghusen*, de legib. nonnullis Romanor. cap. 3. (in *Oelr.*, nov. thes. vol. II. tom. II. p. 19 sqq.), dem auch *Voorda*, Electa cap. 22. beitritt, während derselbe früher ad leg. Falc. c. 14. §. 5. noch die gewöhnliche Auslegung vertheidigt hatte. Daß übrigens die ganze Stelle erst durch Tribonian eine Beziehung auf die lex Falcidia erhalten habe, indem Ulpian gewiß nur geschrieben habe: quanto minus per Legem capere poterit, wobei natürlich an die lex Julia et Papia Poppaea zu denken sei, vgl. z. B. *Heinecc.*, ad leg. Jul. et Pap. Popp. lib. III. c. 4. §. 3, *Voorda*, Electa l. c., ist eine durch die Inskription veranlaßte, aber dadurch keineswegs genügend gerechtfertigte Hypothese. Eine wesentliche Veränderung mit dem bisher geschilderten Pandektenrechte nahm aber

Justinian in Nov. 1. cap. 2. §. 2. vor, indem er da verordnete, daß allerdings der Erblasser den Abzug der Quart überhaupt verbieten könne, und daß dann der Erbe, wenn er einer derartigen Anordnung nicht Folge leisten wolle, der Erbschaft verlustig gehen solle. Die entscheidenden Worte Justinian's sind folgende: „Si vero expressim (ῥητῶς) designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est, testatoris valere sententiam", und dabei fragt sich denn, ob immer, um den Abzug der Quart auszuschließen, eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers nöthig sei, daß er einen derartigen Abzug verbiete, oder ob schon zu diesem Zwecke genüge, wenn aus den Worten der Disposition klar hervorgehe, daß der Testator nicht über den Bestand seines disponiblen Vermögens irre, und also mit voller Absichtlichkeit mehr wie ¾ der Erbportion Vermächtnißnehmern zugewendet habe. Das Erstre ist die herrschende, auch neuerlich wieder von Brinz S. 938. vertheidigte, Lehre; das Zweite wird dagegen namentlich von Marezoll in v. Löhr's Magaz. IV. S. 354 fgg. (s. auch Reuner, her. inst. ex re certa S. 117 fgg.) vertheidigt, der dadurch insbesondre zu dem Resultate kommt, daß dann, wenn der Erblasser ein Universalfideikommiß in Betreff der ganzen Erbschaft anordne, nie mehr die Quart abgezogen werden dürfe, weil in solchem Falle ein Irrthum des Testirers undenkbar sei. Marezoll begründet aber seine Ansicht wesentlich dadurch, daß die vorher ausgezogenen Worte Justinian's nicht isolirt daständen, sondern daß ihnen unmittelbar folgende anderen vorausgingen: „Haec autem [daß nämlich der inventarisirende Erbe die Quart abziehen dürfe] dicimus, ubi *errans testator de sua substantia* hoc egit, aut forte, cum debuisset etiam ampliorem quantitatem heredi relinquere, pro minore disposuit, *etenim etiam hoc errantis sententiae est, et non purae et integrae designationis*", und daraus gehe doch klar hervor, daß Justinian nur noch im Falle eines Irrthums den Abzug der Quart zulassen wolle, wonach denn auch die folgenden Worte: Si vero expressim etc. offenbar nur so ausgelegt werden dürften, daß dann der Abzug der Quart wegfallen solle, wenn aus der Disposition mit Sicherheit hervorgehe, daß der Erblasser mehr wie ¾ der Erbportion habe legiren wollen. — Die Wahrheit scheint mir in der Mitte zu liegen. Das ist wohl allerdings nicht nöthig, daß der Erblasser wörtlich und ausdrücklich sage „er verbiete den Abzug der Quart", und soweit hat Marezoll nach Sinn und Geist der Novelle gewiß Recht. Aber allerdings nöthig ist es, daß aus der Disposition mit Sicherheit hervorgehe, daß der Testator mit Absicht und Bewußtsein der *lex Falcidia* habe derogiren wollen, daß er also namentlich der gesetzlichen Möglichkeit des Abzugs der Quart sich bewußt gewesen sei, aber die bestimmte Absicht gehabt habe, denselben auszuschließen. M. a. W., die Regel des alten Rechts, daß der Erbe, welcher mit mehr als ¾ seiner Erbportion überlastet ist, sich die Quart abziehen dürfe, ist durch Justinian schlechthin nicht aufgehoben, sondern er hat nur die Ausnahme hinzugefügt, daß dieselbe dann wegfallen solle, wenn die bestimmt ausgesprochene, oder sonst mit voller Sicherheit erkennbare Absicht des Testators gerade darauf gerichtet sei, diese Regel auszuschließen. Zu diesem Resultate führen uns nicht nur mit Nothwendigkeit die Worte: „*se non velle heredem retinere Falcidiam*", sondern wir würden auch ohnedies

eine so wesentliche und umfassende Veränderung des früheren Rechts annehmen müssen, eine Veränderung, wonach in der That die alte Regel jetzt nur noch die Ausnahme bilden würde, daß ich mich unmöglich überreden kann, Justinian habe in den paar hingeworfenen Worten eine so tief eingreifende Reform des alten Rechts vornehmen wollen. Hiernach müssen wir denn freilich sagen, daß dann, wenn der Testator bestimmt seinem Erben die Restitution der „ganzen" Erbschaft „ohne allen Abzug" aufgetragen hat, h. z. T. die Falcidia nicht mehr abgezogen werden darf. Hätte aber etwa der Erblasser nur gesagt: „Titius soll mein Erbe sein, aber die Erbschaft an den Gaius wieder herausgeben" oder dgl. m., so würde, obgleich die Möglichkeit eines Irrthums hier offenbar nicht vorliegt, dennoch unbedenklich die Quart auch noch h. z. T. abgezogen werden dürfen, weil aus einer solchen Disposition die spezielle Absicht, gerade den Abzug zu verbieten, unmöglich gefolgert werden kann; denn es kann ja sein, daß der Erblasser gar nicht an die lex Falcidia gedacht hat, und wenn er daran gedacht hätte, dieselbe gar nicht ausgeschlossen haben würde, oder es kann auch gerade umgekehrt sein, daß er jenes gesetzlichen Rechts sich bewußt war, und eben darum es für unnöthig hielt, dem Erben noch besonders zu reserviren, was schon das Gesetz ihm zusichert; vgl. jetzt auch Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 320, Sintenis III. §. 215. Anm. 44, Tewes II. S. 330. u. A. m. — Wenn übrigens der Erblasser Jemanden, einerlei, ob einem Familienmitgliede oder einem Dritten, eine Immobilie mit der Auflage hinterläßt, daß dieselbe niemals veräußert werde, sondern auf die Erben des Legatars übergehen solle, so ist eine solche Auflage als ein stillschweigendes Verbot des Quartabzugs aufzufassen, Nov. 119. c. 11.

II. Aus Gründen in der Person des Erben fällt die Falcidia hinweg:

1) wenn der Erbe auf den Abzug derselben verzichtet hat, wobei es auch nach Justinian's Entscheidung gleichgiltig ist, ob der Erbe das ganze Vermächtniß wirklich schon ausgezahlt hat, oder ob er nur versprochen hat, es ohne Abzug auszahlen zu wollen, l. 19. C. h. t., vgl. auch l. 46, l. 71. h. t., l. 20. §. 1. de donat. (39, 5), l. 1. C. h. t. Wäre übrigens ein solches Versprechen noch bei Lebzeiten des Testators erfolgt, so ist der Erbe sicherlich nicht daran gebunden, eben so wenig, wie nach römischem Rechte bei Lebzeiten des Erblassers ein Verzicht auf die Erbschaft zulässig ist, und ob ein solches Versprechen gerade auf Veranlassung des Erblassers gegeben wurde, der dadurch die lex Falcidia umgehen wollte, oder ob es ohne solche Mitwirkung des Testators erfolgte, ist gleichgiltig, obwohl das einzige Gesetz, welches unsere Frage speziell berührt, nämlich die l. 15. §. 1. h. t., gerade einen Fall der erstren Art entscheidet. Hat der Erbe irrthümlich das ganze Vermächtniß ausgezahlt, so kann nur im Falle eines error facti von Rückforderung des zu viel Gezahlten die Rede sein, nicht aber auch im Falle eines Rechtsirrthums, l. 9. §. 5. de jur. et facti ignor. (22, 6), l. 9. C. h. t., Mühlenbruch im civ. Arch. II. S. 392 fgg. — Nach Justinian's Vorschrift in Nov. 1. c. 3. soll ein stillschweigender Verzicht des Erben dann angenommen werden, wenn der Erbe wissentlich einzelnen Vermächtnißnehmern das ganze Legat ohne Abzug ausgezahlt hat, indem er dann auch den Uebrigen nichts mehr abziehen darf. Wenn Roßhirt I. S. 586.

Not. 4. dies nur auf den Fall beschränken will, wenn der Testator den Abzug verboten habe, so steht dies mit den ganz generellen Worten des cap. 3. im Widerspruch, und kann gewiß auch daraus nicht gerechtfertigt werden, daß im vorhergehenden Kapitel von jenem Falle des Verbots die Rede war; und noch unhaltbarer ist die Ansicht von Puchta, Lehrb. §. 548. Not. d. und §. 549. bei k., welcher in der Nov. cit., gegen die klaren Worte des Kaisers, nur den sich freilich von selbst verstehenden Satz finden will, daß der Erbe, welcher einem Legatar die Quart nicht abziehe, nun nicht den übrigen Legataren einen um so größeren Abzug machen dürfe; s. dagegen auch Sintenis III. §. 215. Anm. 48, Arndts, Lehrb. §. 566. Not. 2. — Die Konsequenz scheint zu fordern, daß diese Vorschrift Justinian's auch auf den Fall Anwendung leiden müsse, wenn einem und demselben Legatar mehrere Vermächtnisse ausgesetzt sind, und der Erbe eines derselben ganz bezahlt hat, oder wenn bei einem Vermächtniß jährlicher Renten eine oder mehrere Rentenzahlungen ohne Abzug prästirt sind, aber da jene Fälle vor dem Justinianischen Gesetze anders entschieden wurden, vgl. l. 15. §. 2, l. 16. pr. h. t., und korrektorische Gesetze keine analoge Ausdehnung zulassen, so möchte es richtiger sein, auch noch h. z. T. in Fällen der letztren Art keinen Verzicht anzunehmen.

2) In mehreren Fällen kann aber auch der Erbe durch seine Handlungsweise das Recht auf den Abzug der Quart verwirken, und zwar sind dies folgende:

a) Wenn er die Errichtung eines gehörigen Inventars versäumt, l. 22. §. 14. C. de jure delib. (6, 30), Nov. 1. c. 2.

b) Wenn er den Vermächtnißnehmern böslicher Weise ihr Recht zu vereiteln sucht („qui id egit, ut fideicommissum intercidat"), l. 59. pr. h. t. Namentlich gehört hierher der Fall der Entwendung, und zwar gilt dabei die Regel, daß Statt des Erben der Fiskus die Quart von den entwendeten Sachen zieht, und diese letztren also, was die Quart des Erben anbelangt, als gar nicht zur Erbschaft gehörig angesehen werden. Gesetzt, das Vermögen beträgt 400, und der Erblasser hat auch alle 400 legirt, so kann der Erbe, welcher 100 aus der Erbschaft entwendet hat, blos die Quart von 300, also 75 abziehen, so wie wenn die entwendeten 100 gar nicht in der Erbschaft gewesen wären; die Quart von diesen 100 zieht dann der Fiskus, l. 6. de his, quae ut indig. aufer. (34, 9), l. 24. pr. h. t. Von dem Falle der Entwendung wird aber ausdrücklich der andre unterschieden, wenn der Erbe Erbschaftssachen für die seinigen ausgibt, indem dies kein Grund sei, den Abzug der Quart auszuschließen, l. 68. §. 1. h. t.

c) Wenn der Erbe ein fideicomissum tacitum übernommen, so fällt dasselbe ganz an den Fiskus, und blos von dem etwaigen anderweiten Erbschaftsvermögen darf die Quart so abgezogen werden, wie wenn jene zu dem fideic. tacitum bestimmten Vermögensstücke gar nicht zur Erbschaft gehört hätten, l. 11. de his, quae ut indig. (34, 9), l. 18, l. 59. §. 1. h. t., l. 49. de jure fisci (49, 14), l. 3. C. h. t.

d) Endlich hat auch der Fiduziarerbe den Anspruch auf die Quart dann verwirkt, wenn er sich zum Erbschaftsantritt hat zwingen lassen, l. 4, l. 14. §. 4, l. 27. §. 14. ad SC. Trebell. (36, 1).

III. Aus Gründen, die in der eigenthümlichen Beschaffenheit einzelner Vermächtnißarten liegen, findet die lex Falcidia in folgenden Fällen keine Anwendung:

1) Bei dem Freiheits-Vermächtniß, l. 33. 35, l. 36. §. 3. h. t., was h. z. T. freilich von selbst wegfällt.

2) Bei dem Vermächtniß von Sachen, die gar keinen eigentlichen Geldwerth haben, z. B. bei dem Legate von Urkunden, l. 15. C. h. t. (Wenn Mühlenbruch §. 761. bei Not. 2. und Puchta §. 549. die in der l. 15. cit. vorkommenden *instrumenta* von dem Gutsinventar verstehen und daraus den Satz bilden, daß die Falcidia bei dem Vermächtniß des Gutsinventars an den Gutsherrn selbst hinwegfalle, so beruht dies doch wohl auf einem Mißverständniß; s. auch Arndts, Rechtsl. a. a. O. S. 322. Anm. 347, Rudorff zu Puchta a. a. O. Not. b).

3) Bei dem legatum debiti, l. 28. §. 1. de leg. I, l. 57, l. 81. §. 1. h. t. Wegen etwaigen commodum repraesentationis kann aber von diesem commodum allerdings die Quart abgezogen werden, l. 1. §. 10. h. t., l. 1. §. 12. de dote praeleg. (33, 4).

4) Bei solchen Vermächtnissen, welche zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils bestimmt sind, l. 36. pr. C. de inoff. test. (3, 28), cf. l. 87. §. 4. de legat. II. Es kann keinen Zweifel leiden, daß dies auch auf solche Vermächtnisse anzuwenden ist, durch welche der dürftigen Wittwe ihre gesetzliche Portion zugewendet werden soll, vgl. v. Buchholtz, jurist. Abhh. S. 156 fgg.

5) Bei dem Vermächtniß solcher Sachen, welche der Ehemann gerade der Frau wegen angeschafft hat, l. 81. §. 2. h. t.

6) Bei Vermächtnissen ad pias causas, Nov. 131. c. 12, Auth. Similiter C. ad leg. Falc. Wenn Manche diese Ausnahme nur dann eintreten lassen wollen, wenn der Erbe die Auszahlung eines solchen Vermächtnisses verweigere, vgl. z. B. *Voorda* cit. c. 14. §. 9. p. 281, Mühlenbruch, Beurtheilung des Städelschen Beerbungsf. S. 284 fgg., Komm. XXXIX. S. 459 fgg. Not. 7. XLII. S. 145, so läßt sich diese Beschränkung schwerlich rechtfertigen. Wenn nämlich der Kaiser sagt:

> „Si autem heres, quae ad pias causas relicta sunt, non impleverit, dicens, relictam sibi substantiam non sufficere ad ista: praecipimus, omni Falcidia vacante, quidquid invenitur in tali substantia, proficere provisione sanctissimi locorum episcopi ad causas, quibus relictum est",

so liegt darin doch gewiß nicht, daß der Erbe sich geweigert haben müsse, sondern der einfache Sinn, der auch noch besonders durch eine Vergleichung mit dem Inhalte des vorausgehenden Kapitels und mit dem folgenden Passus des cap. 12. gerechtfertigt wird, ist nur der: wenn nach der Erklärung des Erben die Erbschaft nicht hinreicht, um das fragliche Vermächtniß auszufüllen, so soll doch wenigstens alles Vorhandene, und zwar ohne Abzug der Quart, an den Bischof gegeben, und unter dessen Leitung zu dem vom Testator bestimmten Zweck angewendet werden; vgl. Wenck, Beiträge zur Beurth. d. Städelschen Beerbungsf. S. 17 fgg., Braun's Erörtr. S. 712 fgg., Roßhirt, Verm. I. S. 587 fgg., bes. aber Marezoll in Gießer Ztschr. V. Nr. 6. —

Wenn nur einzelne Vermächtnisse von dem Abzuge der Quart ausgenommen sind, so kann dies möglicher Weise eine dreifache Folge haben. Es kann nämlich erstens sein, daß der Erbe berechtigt ist, sich für diesen Ausfall durch einen um so größeren Abzug von den übrigen Legataren zu entschädigen; oder es kann zweitens vorkommen, daß dieser. Ausfall ganz vom Erben getragen werden muß, indem er doch den übrigen Legataren gerade nur soviel abziehen darf, wie wenn auch bei dem ausgenommenen Legate ein Abzug Statt gefunden hätte; oder es ist endlich drittens möglich, daß das erimirte Legat wie eine auf der Erbschaft liegende Schuld vorabgezogen, und dann nur von dem Uebrigbleibenden den andren Legataren die Quart abgezogen wird. Setzen wir z. B. daß die Erbportion, im Betrag von 1200, mit zwei Vermächtnissen belastet ist, mit einem Legat von 800 an A. und von 200 an B. Der Regel nach zieht der Erbe in solchem Falle beiden Legataren gleichmäßig die Quart ab, so daß A. nur 720, B. aber 180 erhält. Wenn nun aber das Vermächtniß an den A. von dem Abzug der Quart erimirt ist, so daß der Erbe die vollen 800 auszahlen muß, so würde der Legatar B. nach der ersten Prozedur 100, nach der zweiten 180, nach der dritten aber seine ganzen 200 erhalten, und es leuchtet aus diesem einfachen Beispiele von selbst ein, daß es gewiß nicht gebilligt werden kann, wenn Manche, z. B. Puchta §. 549. und wie es scheint, auch Sintenis III. §. 215. a. E. die zweite und dritte Prozedur für ganz identisch halten, s dagegen auch Arndts, Lehrb. §. 567. In der Regel kommt nun das zuletzt angedeutete Verfahren zur Anwendung, und zwar namentlich, wenn der Erblasser zuerst in einem Soldaten-Testamente und später als paganus Vermächtnisse hinterlassen hat, s. oben Nr. I. 1, bei Vermächtnissen ad pias causas, Nov. 131. c. 12, bei Vermächtnissen von Sachen, welche der Ehemann gerade der Frau wegen angeschafft hat, l. 81. §. 2. vgl. mit §. 1. h. t., und bei Vermächtnissen, welche zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils bestimmt sind, l. 87. §. 4. de legat. II, l. 36. C. de inoff. test. (3, 28); vgl. auch l. 22. §. 1. 2. h. t. Die zuerst aufgeführte Verfahrungsweise wird dagegen in den Quellen nur erwähnt, wenn der Erblasser bei einzelnen Vermächtnissen den Quartabzug verboten hat, l. 88. pr. §. 1. 2. h. t., l. 6. fin. de fideic. libert. (40, 5), und die zweite Prozedur kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Erbe einzelnen Legataren gegenüber entweder auf den Quartabzug verzichtet, l. 46. 71. h. t., oder denselben dadurch verwirkt hat, daß er ihnen ihr Vermächtniß böslicher Weise zu vereiteln suchte, l. 24. pr., l. 59. h. t., l. 6. de his quae ut indign. (34, 9).

IV. Vom Wegfall der Vermächtnisse.

A) Gründe des Wegfalls.

1) Wegfall der Vermächtnisse wegen Ungiltigkeit des Testaments. §. 539.

Anm. 1. Von der Regel, daß, wenn Niemand aus einem Testamente

Erbe wird, sämmtliche Vermächtnisse wegfallen, sowohl diejenigen, welche in dem Testamente selbst, als auch diejenigen, welche in Kodizillen angeordnet sind, l. 9. de test. tut. (26, 2), l. 8. §. 2, l. 16. de jure codicill. (29, 7), l. 1. §. 1. de legat. III., l. 181. de R. J., l. 2. C. si quis om. causa test. (6, 39), l. 14. C. de fideic. (6, 42), gibt es mehrfache Ausnahmen, die hier zusammengestellt werden sollen (vgl. Francke, Beiträge I. S. 136 fgg.):

1) Wenn dem Testamente die Kodizillarklausel beigefügt ist (§. 527). Gewissermaßen als Zufügung der Kodizillarklausel ist es auch aufzufassen, wenn der Erblasser seinen zum Erben eingesetzten Intestaterben beschwört, gewisse Vermächtnisse auszuzahlen („cum jurisjurandi religione rogaverat"), denn der Onerirte soll hier auch im Falle der Nichtigkeit des Testaments jene Vermächtnisse auszahlen („nam enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur"), l. 77. §. 23. de legat. II. Aus diesem Zusammenhang mit der Kodizillarklausel geht aber namentlich hervor, daß eine solche Beschwörung doch nur dann wirksam sein kann, wenn wenigstens die Kodizillarform angewendet ist, Francke a. a. O.

2) Wenn der eingesetzte Erbe aus Chikane gegen die Vermächtnißnehmer die testamentarische Erbschaft ausschlägt; ein Fall, von welchem noch in Anm. 2. besonders die Rede sein wird.

3) Wenn das Testament zwar durch rechtskräftiges Urtheil weggefallen ist, aber dies nur seinen Grund in einer contumacia des Erben, oder in einer Kollusion desselben mit dem Sieger hat. In solchem Falle dürfen Legatare ihre Ansprüche unbedenklich auch gegen die siegreichen Intestaterben geltend machen; vgl. §. 173 Anm. (Bd. I. S. 286. Nr. 6).

4) Wenn der Testirer in der irrigen Meinung ein Testament errichtet hat, seine nächsten Intestaterben seien gestorben. Hier fällt zwar das Testament, als solches zusammen, aber die darin angeordneten Vermächtnisse müssen von den Intestaterben geleistet werden, l. 28. de inoff. test. (5, 2), l. 92. de hered. inst. (28, 5).

5) Wenn das Testament durch bon. poss. contra tabulas umgeworfen ist, so bleiben wenigstens einige Vermächtnisse bestehen, §. 472. Anm. (Bd. II. S. 241 fgg.), und wenn das Testament wegen Nov. 115. nichtig ist, so werden alle Vermächtnisse aufrecht erhalten, §. 485. (Bd. II. S. 291).

6) Endlich muß auch der Fiskus, wenn die Erbschaft als vacans an ihn kommt, die in dem weggefallenen Testamente ausgesetzten Vermächtnisse prästiren, l. 96. §. 1. de legat. I; vgl. unten §. 564. Anm.

Diesen hier angegebenen Ausnahmsfällen reiht man nicht selten noch andre an, die jedoch gewiß nicht gebilligt werden können. So wird namentlich

1) bisweilen behauptet, daß, wenn ein eingesetzter suus heres von dem beneficium abstinendi Gebrauch mache, die in dem Testamente hinterlassenen Vermächtnisse dennoch wirksam bleiben müßten; vgl. z. B. *Böhmer*, de suo herede ab hered. sese abstinente §. 16. (Electa jur. civ. I. p. 114), Glück XXIX. S. 240. Daß dies, auch wenn es gegründet wäre, dennoch nicht als wahre Ausnahme unsrer Regel aufgefaßt werden dürfte, leuchtet von selbst ein, da durch solche Abstention das Testament bekanntlich gar nicht destitutum wird,

aber in der That ist es auch nicht begründet. Handgreiflich falsch ist nämlich jene Behauptung, wenn, was gewiß der häufigste Fall ist, kein Andrer die Erbschaft wegen Insolvenz derselben antritt, denn die Kreditoren können doch unmöglich zur Zahlung der Vermächtnisse angehalten werden. Tritt aber ein Substitut an, so muß dieser freilich, wie jeder Substitut die Legate auszahlen. Nehmen endlich Intestaterben die Erbschaft an, so zeigt sich durchaus kein Grund, von der allgemeinen Regel abzuweichen, und geradezu sagt auch Ulpian in l. 1. §. 4. ut in poss. legator. (36, 4):

„Tunc ante aditam hereditatem satisdandum de legatis est, cum adhuc dubium est, an hereditas adeatur. Ceterum si certum sit, repudiatam vel omissam hereditatem, *vel abstentos necessarios heredes,* frustra hoc Edictum imploratur, *quum certum sit, legatum vel fideicommissum non deberi*".

Daß hiergegen nicht die Fortdauer der in einem solchen Testamente angeordneten Pupillarsubstitution und tutoris datio, also solcher Dispositionen, die das Vermögen gar nicht betreffen, angeführt werden kann, leuchtet von selbst ein, und eben so wenig spricht dafür, daß direkte Freilassungen giltig bleiben, l. 32. de manum test., indem dies mit Nothwendigkeit aus dem bekannten Grundsatze hervorgehen mußte, daß eine giltig entstandene Freiheit nicht retraktirt werden durfte. Endlich kann auch die l. 27. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1) nicht für jene Meinung angeführt werden, denn die Fortdauer eines Universal-Fideikommisses beruht auf besondren, aus dem SC. Pegasianum über den möglichen Zwang zur Antretung hervorgehenden Gründen. Vgl. Francke a. a. O. S. 145 fgg.

2) Wening, Lehrb. Buch V. §. 120. bei not. m. lehrt, daß dann, wenn ein Erbe sich nach der Antretung in integrum restituiren lasse, die schon geschehene Entrichtung von Vermächtnissen giltig bleibe. Offenbar spricht aber hiergegen schon die Natur der Sache, denn eine Restitution gegen die Erbantretung setzt nothwendig eine Läsion voraus, welche wohl nur in einer Insuffizienz der Erbschaft bestehen kann. Wie läßt sich nun annehmen, daß zum Nachtheil der Kreditoren schon gezahlte Vermächtnisse giltig bleiben sollen? Dagegen spricht aber auch ganz entscheidend der klare Ausspruch Ulpian's in l. 5. de condict. indeb. (12, 6):

„Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat. Nam et quum minor XXV. annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum restituitur, *non ipsi repetitionem competere; sed ei, ad quem bona pertinent,* Ario Titiano rescriptum est".

Die von Wening für seine Meinung angeführten Gesetze sind ganz unbeweisend. Die l. 1. ut in poss. leg. (36, 4) gehört auch nicht entfernt hierher, indem sie unsres Verhältnisses mit keinem Worte Erwähnung thut, und nur der vorher bei nr. 1. abgedruckte §. 4. jenes Fragments könnte allenfalls eine Analogie abgeben, deren Resultat aber augenscheinlich direkt gegen Wening ausfallen würde. Die l. 31. de minor. (4, 4) und l. 3. C. de test. manum. (7, 2) sprechen nur den Satz aus, daß Zahlungen an die Gläubiger und fideikommissarische, vom Erben prästirte Freilassungen auch nach erlangter Restitution regelmäßig giltig bleiben, welches Beides sich von selbst versteht, und keinen Schluß auf

bezahlte Vermächtnisse zuläßt, und die l. 22. de minorib. endlich beweis't nur, daß der Restituirte selbst den Gläubigern wegen schon gezahlter Vermächtnisse nicht haftet; davon aber, daß die Kreditoren solche Vermächtnisse nicht kondiziren könnten, redet sie mit keinem Worte. Vgl. Francke a. a. O. S. 142 fgg., dessen Ansicht jetzt auch Fritz in Wening's Lehrb. Buch V. §. 266. Not. p. annimmt, obwohl derselbe aus Versehen in §. 120. die Wening'sche Darstellung unverändert beibehalten hat.

3) Wenn endlich Manche aus Nov. 1. c. 2. eine Ausnahme von unsrer Regel dann annehmen, wenn der eingesetzte Erbe repudiire, so ist diese irrige Ansicht schon früher ausführlich widerlegt worden, vgl. §. 459. Anm. (S. 198 fgg.).

Anm. 2. Um die Vermächtnißnehmer gegen die Chikane der eingesetzten Erben sicher zu stellen, wurden im prätorischen Edikte besondre Bestimmungen für den Fall getroffen, *„si quis omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem"*, Dig. XXIX. 4, cf. Cod. VI. 39. si omissa sit causa testamenti, Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 449 fgg. Hierüber gelten folgende Grundsätze:

1) Die Voraussetzung des Edikts ist, daß der eingesetzte Testamentserbe die Erbschaft ausschlägt, l. 1. §. 6. h. t. („Praetermittere est causam testamenti, si quis repudiaverit hereditatem"). Der Ausschlagung steht es gleich, wenn er eine ihm gesetzte Potestativbedingung nicht erfüllt, l. 1. §. 8. h. t., und auch der Fall gehört hierher, wenn zwar das Testament jure civili nichtig ist, und der Erbe also daraus zivilistisch nicht Erbe werden kann, aber ihm eine bon. poss. secundum tabulas cum re zustehen würde, die von ihm nicht agnoszirt wird, l. 17. de inj. rupt. test. (28, 5). Auch auf den Fall der bon. poss. *contra tab.* wurde das Edikt bezogen, so daß derjenige, welcher dieselbe omittirte, die Legate an personae conjunctae eben so zahlen mußte, wie wenn er sie agnoszirt hätte, l. 6. §. 9, l. 23. h. t. — Die Ausschlagung muß aber *dolo malo*, also in der Absicht geschehen, um die Vermächtnißnehmer um ihre Legate zu bringen, und wenn eine justa causa für die Ausschlagung vorhanden ist, so kann von der Anwendung des Edikts keine Rede sein, l. 6. §. 8. h. t., z. B. wenn ausgeschlagen wird, um einer fraus des Testators zu begegnen, „nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem excluserit", l. 77. §. 31. de leg. II, cf. l. 8. §. 9. de inoff. test. (5, 2), l. 5. h. t., oder wenn der Testator selbst die Ausschlagung der Testamentserbschaft erlaubt hat, l. 6. §. 1. h. t., cf. l. 1. §. 5, l. 6. §. 23, l. 26. §. 1. h. t., was aber nicht schon darin liegt, wenn der Testirer, die Möglichkeit der Ausschlagung zum Voraus berücksichtigend, Dispositionen für diesen Fall trifft, l. 6. pr. h. t.

2) Wenn diese Voraussetzungen eintreten, so gibt der Prätor den Legataren eine Klage:

a) Gegen den Omittenten, vorausgesetzt, daß dieser Trotz der Ausschlagung dennoch in andrer Weise in den Besitz der Erbschaft, oder eines Theils der Erbschaft, oder auch einzelner Erbschaftssachen (vgl. l. 13. 16. h. t.) gekommen ist, l. 17. h. t. Der gewöhnlichste Fall ist begreiflich der, wenn der eingesetzte Erbe zugleich der nächste Intestaterbe ist, und als solcher die Erbschaft in Besitz genommen hat, l. 1. pr. h. t., aber ganz eben so gehört auch hierher, wenn der Omittent in irgend einer andren Weise die Erbschaft lukrirt, l. 1. §. 9. h. t.:

„**Quocunque enim modo hereditatem lucrifacturus quis sit, legata praestabit**",

wie namentlich, wenn er die Erbschaft als **hereditas vacans** erworben hat, l. 6. §. 7. h. t., während, wenn seinem Besitze der Erbschaft ein spezieller, mit Erbrecht nicht zusammenhängender Titel zu Grunde liegt, von einem Anspruch gegen ihn keine Rede sein kann, l. 1. §. 9, l. 30. h. t. Hat der Omittent den Besitz dolo malo aufgegeben, so wird er wie ein Besitzer behandelt, l. 1. §. 10 sqq. h. t., und nach einem Reskript von Hadrian haftet auch derjenige Omittent den Vermächtnißnehmern, welcher zwar von der Erbschaft selbst gar nichts besitzt, aber für die Ausschlagung ein Pretium empfangen hat, l. 2. pr. h. t. Hat der Omittent zwar etwas aus der Erbschaft besessen, aber ohne dolus malus zu besitzen aufgehört, so fällt die Klage hinweg, l. 6. §. 5. h. t., und zwar kommt dabei die Zeit der Litiskontestation in Betracht, l. 6. §. 6. h. t. — Uebrigens dürfen die Legatare natürlich nicht mehr fordern, als sie auch ohne die Ausschlagung bekommen haben würden, so daß sie also namentlich den Abzug der Falcidia sich gefallen lassen müssen, l. 18. §. 1. h. t., l. 1. C. h. t., aber auf der andren Seite geht auch ihr Anspruch nicht durch den Tod des Onerirten verloren, sondern die Klage geht in solidum gegen die Erben, „magis est enim, rei persecutionem, quam poenam continere", l. 12. h. t.

b) Die Legatare haben aber auch eine Klage gegen den Dritten, welcher in Folge der Omission in den Erbschaftsbesitz gekommen ist, und zwar unzweifelhaft, wenn derselbe mit dem Omittenten kolludirte, aber auch ohnedies, „nec enim aspernari debet, obesse sibi factum heredis, cui etiam profuerit", l. 10. pr. h. t., cf. l. 4. pr. §. 1. eod. — Unter diesen beiden möglichen Verklagten tritt aber das Verhältniß ein, daß dann, wenn der Omittent einen Preis für die Ausschlagung erhalten hat, dieser principaliter, und der dritte Besitzer nur in subsidium haftet, daß aber ohnedies die Klage principaliter gegen den dritten Besitzer anzustellen ist.

c) Endlich können aber auch Afterlegatare gegen den onerirten Legatar klagen, welcher mit dem omittirenden Erben kolludirte, l. 4. §. 2. h. t.: „**Quamquam de heredibus institutis videatur Praetor loqui, attamen etiam ad alios haec res serpet, ut si sit legatarius, a quo fideicommissum relictum est, et hic id egisset, ut omittatur hereditas, doloque id fecit, conveniri debeat**".

3) Es soll aber durch dieses Edikt bloß den Vermächtnißnehmern geholfen werden, nicht auch solchen, welche, wenn der Erbe antreten wollte, etwas conditionis implendae causa empfangen haben würden, l. 8, l. 9. h. t., und eben so wenig Erben, welche der Testator unter der Bedingung eingesetzt hat, wenn der Omittirende Erbe werden würde („Titius heres esto, *si Titius heres erit, Maevius heres esto*"), „sua enim culpa testator sub hac conditione hereditatis partem dedit, quam potuit pure dare", l. 22. pr. h. t. Aber auch den Vermächtnißnehmern wird dann durch dieses Edikt nicht geholfen, wenn sie selbst omissa causa testamenti als Intestaterben antreten. Eine Anwendung hiervon ist schon oben in der Lehre von den Prälegaten vorgekommen (S. 428. Nr. 1. a. E.), und eine andre kommt vor in l. 10. §. 1. h. t.: Primus ist

institituirt, Secundus substituirt, und Primus mit einem Legat an den Secundus belastet; wenn Beide omissa causa testamenti Intestaterben werden, so kann Secundus sein Vermächtniß nicht fordern. Anders aber wird entschieden, wenn zwar Beide, sowohl der institutus, wie der substitutus ausschlagen, aber nur der Erstre zur Intestaterbschaft kommt; hier kann Secundus allerdings das Vermächtniß fordern, „quia nihil prohibet, eum justam causam habuisse, propter quam nollet negotiis hereditariis implicari", l. 22. §. 2. h. t.

2) Selbstständiger Wegfall.

a) Ungiltigkeit von Anfang an. — (Regula Catoniana).

§. 540.

Dig. XXXIV. 8. de his, quae pro non scriptis habentur. — Dig. XXXIV. 7. de regula Catoniana. — *Balduini*, comm. ad regul. Caton., in Heineccii jurispr. Rom. et Att. I. p. 418 sqq., *A. Faber*, conj. XII. 19, *Voorda*, Elect. c. 17, Interprett. et Emendatt. lib. II. c. 22, *Averanii*, Interprett. IV. 21, *Majansii*, Disputt. tom. II. p. 144 sqq., *Harnier*, de regula Catoniana. Heidelb. 1820, Roßhirt im civ. Arch. X. S. 328 fgg., Verm. I. S. 413 fgg., Guyet, Abhh. No. 5, Müller im civ. Arch. XIV. N. 13, Arndts im Rhein. Mus. V. No. 9.

Anm. Durch die Katonianische Regel ist als Maaßstab für die Giltigkeit eines Legats der angenommen, daß man sich denken müsse, der Testator sei sogleich nach errichtetem Testamente verstorben; falle nämlich das Vermächtniß unter dieser Voraussetzung als ungiltig zusammen, so könne dasselbe niemals gelten, sollte auch der Erblasser erst später gestorben, und noch bei seinen Lebzeiten der anfängliche Ungiltigkeitsgrund hinweggefallen sein, l. 1. pr. h. t.:

> „Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit, non valere".

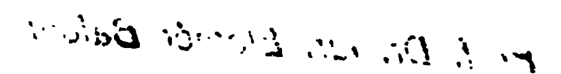
Im Einzelnen kommen hierbei folgende Punkte wesentlich in Betracht:

I. Die bedeutendsten Anwendungen, die von jenem Grundsatz in unsren Quellen gemacht werden, sind folgende:

1) Wenn Jemanden pure eine res extra commercium legirt ist, so bleibt das Vermächtniß ungiltig, sollte auch noch bei Lebzeiten des Erblassers die Sache verkehrfähig werden (§. 525. Anm. 1. a. E.).

2) Wenn Jemanden pure seine eigene Sache vermacht ist, so wird dadurch das Legat nicht giltig, daß noch bei Lebzeiten des Testators die Sache veräußert wird (§. 525. Anm. 2).

3) Wenn pure ein Vermächtniß demjenigen hinterlassen ist, welcher sich in der Gewalt des eingesetzten Erben befindet, so war nach der, früher zwar



nicht unbestrittenen, später aber allgemein gebilligten Meinung der Sabinianer dasselbe schlechthin ungiltig, sollte auch noch bei Lebzeiten des Erblassers das Gewaltsverhältniß aufgelöst sein, Gai. II. 244. („— — ideo tamen inutile legatum intelligi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset"), cf. Ulp. XXIV. 23. §. 32. J. de legat. (2, 20), l. 89. de hered. instit. (28, 5). Wäre nämlich der Erblasser sogleich gestorben, so hätte ja das Vermächtniß sogleich durch den Sohn oder Sklaven dem eingesetzten Erben selbst, also dem Onerirten, zufallen müssen, was unmöglich ist. Umgekehrt war ein Vermächtniß an den Gewalthaber des eingesetzten Erben giltig hinterlassen; denn, wenn auch der Erblasser sogleich nach errichtetem Testamente gestorben wäre, so war damit die Unwirksamkeit eines solchen Vermächtnisses noch keineswegs entschieden, indem ja noch immer bis zum wirklichen Erbschaftsantritt das Gewaltsverhältniß aufgehoben, und dadurch das Zusammentreffen des Onerirten und Honorirten in einer Person vermieden werden konnte; nur, wenn wirklich im Augenblicke der Antretung die Potestas noch bestand, mußte natürlich das Vermächtniß ex post zusammenfallen, Gai. II. 245, Ulp. XXIV. 24. §. 33. J. de legat., l. 25, l. 91. pr. de legat. I, l. 17. fin. quando dies legator. (36, 2).

4) Wenn der Erblasser seinem eignen Sklaven pure ein Vermächtniß hinterlassen hat, so mußte dieses ungiltig sein, sollte auch der Sklave bei Lebzeiten des Erblassers veräußert oder freigelassen sein, l. 89. de hered. inst.; denn wäre der Erblasser sogleich nach dem Testament gestorben, so würde nothwendig Onerirung und Honorirung in einer und derselben Person zusammentreffen.

5) Wenn dem Legatar im Augenblick der Testamentserrichtung die testamenti factio fehlt, so bleibt das Vermächtniß ungiltig, sollte er auch bei Lebzeiten des Erblassers testamentsfähig werden. Dieser Satz an sich ist unbestritten, aber allerdings ist Streit darüber, ob derselbe aus der regula Caton. hervorgehe, oder unabhängig davon angenommen werden müsse. Die Frage ist praktisch darum nicht ohne Bedeutung, weil, wie wir nachher sehen werden, die reg. Cat. bei manchen Vermächtnissen, namentlich bei bedingten, keine Anwendung leidet, und wer also jenen Satz aus der reg. Cat. ableitet, der muß die Giltigkeit eines bedingten Vermächtnisses auch dann behaupten, wenn dasselbe einem Unfähigen hinterlassen ist, der aber im Augenblicke der eingetretenen Bedingung die Fähigkeit erlangt hat, während diejenigen, welche jenen Satz unabhängig von der reg. Cat. glauben, selbst bei einem bedingten Legate schlechthin die testamenti factio im Augenblicke des errichteten Testaments verlangen. Das Erstre ist die herrschende Lehre, während das Zweite namentlich von Arndts a. a. O. S. 209 fgg. vertheidigt wird, und zwar, wie ich glaube, mit vollem Rechte. Daß nämlich die Fähigkeit, ein Geschäft abzuschließen, nothwendig in dem Augenblick des errichteten Geschäfts vorhanden sein muß, einerlei, ob dasselbe ein unbedingtes oder ein bedingtes ist, ist doch gewiß ein Satz, der auf die allgemeinste Anwendbarkeit den vollsten Anspruch hat. Nun besteht aber das Wesen der testamenti factio eben nur in der Fähigkeit, bei einem Testamentsgeschäft

betheiligt zu sein, und wenn ein Legatar die test. factio nicht hat, so heißt dies nichts anderes, als der Testator kann mit demselben das Legatengeschäft nicht abschließen. Ist dies aber der Fall, so kann er es offenbar auch nicht unter einer Bedingung abschließen, selbst nicht unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit, so daß es in dieser Beziehung bei Legaten sich nothwendig gerade so verhält, wie bei Erbeinsetzungen, und die reg. Caton. dabei also ganz außer Betracht bleibt. Dafür spricht denn auch sehr bestimmt die l. 59. §. 4. de hered. inst. (28, 5), wo namentlich in Betreff der Frage, in welchen Zeitpunkten bei einer bedingten letztwilligen Disposition die test. factio vorhanden sein müsse, die Legate den Erbeinsetzungen ganz gleichgestellt werden, und eben so kann auch noch dafür angeführt werden, daß kein einziges Beispiel in unsren Quellen vorkommt, wo bei der test. factio direkt oder indirekt auf die reg. Caton. hingedeutet wäre. Wollte man das Gegentheil annehmen, so dürfte man auch mit nicht geringerem Rechte die reg. Catoniana auf die test. factio *activa* in Anwendung bringen, so daß man z. B. danach die Giltigkeit eines bedingten Vermächtnisses behaupten müßte, welches ein Unfähiger in einem Intestatkodizill hinterlassen hätte, wenn derselbe nur vor seinem Tode die Fähigkeit wieder erlangt hätte. Da man das Irrige dieser letztren Behauptung ganz allgemein anerkennt, so ist in der That nicht wohl einzusehen, wie man in Betreff der test. factio passiva etwas Andres annehmen kann. — Das Wahre an der Sache scheint das zu sein, daß Alles, was zur Errichtung eines Vermächtnisses wesentlich ist, nothwendig im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein muß, und zwar ganz unabhängig von der reg. Catoniana, und daß diese Regel nur in Betreff solcher Punkte in Anwendung kommt, welche die Bedingung der Wirksamkeit eines Vermächtnisses enthalten.

II. Es leuchtet von selbst ein, daß das Kriterium, welches die reg. Caton. für die Giltigkeit der Vermächtnisse annimmt, nur bei solchen Vermächtnissen zur Anwendung kommen kann, deren dies im Augenblicke des Todes des Erblassers zebirt. Wollte man nämlich bei Vermächtnissen andrer Art sich auch denken, daß der Erblasser sogleich nach errichtetem Testamente gestorben wäre, so würde dadurch doch nicht die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Vermächtnisses entschieden sein, denn wenn auch etwa in diesem Augenblick irgend ein Mangel vorhanden wäre, so würde ja immer noch ein freier Zeitraum übrig bleiben, von dem Tode des Testators bis zu dem dies cedens, in welchem jener Mangel gehoben werden könnte. So mußte also die Ausdrucksweise der reg. Cat. von selbst zu dem Satze führen, daß alle Vermächtnisse, deren dies nicht im Augenblicke des Todes zebirt, ganz außer der Sphäre dieser Regel liegen, d. h. daß bei ihnen die Frage nach der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nicht, wie bei den Uebrigen, nach dem Augenblicke der Errichtung, sondern nur nach dem Momente des dies cedens zu beurtheilen ist, l. 3. h. t.:

> „Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem".

Darum fällt denn also die reg. Cat. hinweg:

1) bei bedingten Vermächtnissen, deren dies ja bekanntlich nicht in dem Augenblicke des Todes des Erblassers, sondern im Augenblicke der erfüllten

Bedingung zedirt, l. 4. h. t., l. 41. §. 2. fin. de leg. I. Wenn also in den oben bei No. 1—4 angedeuteten Fällen nicht pure, sondern unter einer Bedingung ein Vermächtniß hinterlassen wird, so ist dieses vollkommen giltig, wenn nur in dem Augenblicke, wo die Bedingung eintritt, der Mangel, welcher zur Zeit der Errichtung vorhanden war, gehoben ist, vgl. die dort zitt. Gess. — Bei einer Art von bedingten Vermächtnissen zeigt sich aber, daß die Fassung der reg. Caton. nicht genau genug ist, weßhalb Celsus in l. 1. pr. sagt: quae definitio in quibusdam *falsa est* (was scharf von dem: *non pertinet* unterschieden werden muß). Wenn nämlich ein Vermächtniß durch zukünftige ungewisse Thatsachen bedingt ist, die aber vor dem Tode oder wenigstens durch den Tod des Testators entschieden sein müssen, so müßte man nach streng wörtlicher Auslegung der Regel sagen, ein solches Vermächtniß sei ungiltig hinterlassen, denn stürbe der Testator sogleich nach Errichtung des Testaments, so wäre ja die Bedingung defizirt, und das Vermächtniß also ungiltig. Wenn also z. B. Jemand ein Testament am 1. Dezember errichtet, und darin ein Vermächtniß unter der Bedingung hinterläßt, „wenn ich den nächsten 1. Januar überleben werde": so würde der Buchstabe der reg. Cat. dahin führen, daß dieses Vermächtniß niemals giltig werden könnte, obwohl die Bedingung vollständig einträte. Es soll ja nach dieser Regel fingirt werden, daß der Testator sogleich nach errichtetem Testamente gestorben wäre, und wäre dies wirklich der Fall gewesen, so würde das Legat wegen defizirender Bedingung unwirksam gewesen sein. Da aber eine solche Annahme dem wahren Geiste der reg. Cat. offenbar zuwider ist, so setzten sich die römischen Juristen darüber hinaus, und behaupteten für den Fall der eintretenden Bedingung die volle Giltigkeit eines solchen Vermächtnisses, l. 1. §. 1. h t. Ganz ähnlich ist der Fall, wenn der Testator Jemanden die eigene Sache desselben unter der Bedingung hinterläßt, wenn der Legatar dieselbe bei Lebzeiten des Testators veräußern würde, oder wenn er Jemanden etwas unter der Bedingung vermacht, daß derselbe noch bei des Testators Lebzeiten dessen Tochter heirathen würde u. dgl. m. In allen solchen Fällen nehmen die römischen Juristen keinen Anstand, mit Hintansetzung der reg. Cat. die Giltigkeit des Vermächtnisses zu behaupten, sofern nur die von dem Testator angeordnete Bedingung in der Wirklichkeit eintritt, l. 1. §. 2, l. 2. h. t., so daß man hier sagen muß: ad hujusmodi legata regula Catoniana pertinet quidem, sed falsa est. Vgl. Arndts a. a. O. S. 206 fgg.

2) Es gibt Vermächtnisse, deren dies nicht im Augenblicke des Todes, sondern erst im Moment der Erbschaftsantretung zedirt, und bei diesen findet denn auch die reg. Caton. keine Anwendung, l. 3. h. t. Doch ist dies allerdings nur dann der Fall, wenn extranei zu Erben eingesetzt sind; denn wenn ein Suus zum Erben eingesetzt ist, so fällt ja Erbschaftserwerb und Tod des Erblassers in einen Moment zusammen, so daß man dann doch auch von solchen Vermächtnissen sehr wohl sagen kann, daß ihr dies im Augenblicke des Todes zedire, weßhalb denn auch allerdings die reg. Catoniana anwendbar wird. Hiervon kommen z. B. folgende Anwendungen in unsren Gesetzen vor:

a) Wenn der Testator einen Sklaven im Testamente freigelassen, und demselben ein Legat hinterlassen hat, so zedirt der dies legati erst im Augen-

blicke der Erbschaftsantretung, und eben darum ist dasselbe giltig. Zedirte nämlich der dies schon im Augenblicke des Todes, so hätte das Vermächtniß in Folge der reg. Caton. nothwendig ungiltig sein müssen, selbst wenn der Testator noch bei seinen Lebzeiten den Sklaven manumittirt hätte. Es würde dann nämlich ein solches Vermächtniß, wenn der Testator sogleich nach errichtetem Testamente gestorben wäre, dem Sklaven zu einer Zeit zugefallen sein, wo er noch nicht frei, sondern noch servus hereditarius war — denn testamentarische Freiheit tritt erst mit dem Augenblick der Erbschaftsantretung ein, l. 23. §. 1, l. 25. de manum. test. (40, 4), —, und eben darum würde dasselbe begreiflich keinen Rechtsbestand gehabt haben. Diese Folge wurde aber dadurch abgewendet, daß der dies legati cedens auf die Zeit der Erbschaftsantretung hinausgerückt wurde, l. 7. §. 6, l. 8. quando dies legat. (36, 2). So konnte es denn selbst geschehen, daß die testamentarische Freiheit bedingt, das Legat aber unbedingt hinterlassen wurde, und es war ein solches Legat giltig, wenn nur die Bedingung der Freilassung vor dem Erbschaftsantritt, also vor dem dies legati cedens eintrat. Nur, wenn ein suus heres eingesetzt war, war in diesem Falle das Vermächtniß schlechthin ungiltig, selbst wenn die Bedingung der Freiheit noch bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten sein sollte; denn hier griff wieder die reg. Caton. ein, vgl. l. 86. de cond. et dem. (35, 1).

b) Ganz ähnlich ist der Fall, wenn einem legirten Sklaven Etwas legirt wird, indem auch hier der dies des letztren Legats erst im Augenblicke der Erbschaftsantretung zedirt, und darum die reg. Catoniana keine Anwendung leidet, l. 7. §. 6, l. 17. quando dies legat. Auch, wenn der Sklave unter einer Bedingung legirt, das demselben ausgesetzte Vermächtniß aber pure hinterlassen ist, muß ganz so, wie in dem vorigen Falle gesagt werden, d. h. wenn ein suus heres eingesetzt ist, so ist das Vermächtniß von Anfang an ungiltig, weil hier allerdings die reg. Catoniana eingreift; wenn aber ein Extraneus instituirt ist, so muß der Erfolg über die Giltigkeit entscheiden, und dasselbe wird also dann giltig, wenn die Bedingung vor dem Erbschaftsantritt eintritt, während es im umgekehrten Falle als unwirksam zusammenfällt. Daraus erklärt sich leicht die l. 13. de opt. legata (33, 5), vgl. auch *Harnier* §. 21. §. 56 sqq., Arndts S. 225 fgg.

III. Die sehr verbreitete Meinung, daß die reg. Caton. eine Singularität für Vermächtnisse enthalte, kann schwerlich gebilligt werden. Ich kann darin vielmehr nichts, als eine reine Anwendung der allgemeinen Rechtsregel: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit (l. 29. de R. J.) auf Vermächtnisse finden, denn daß dieselbe auf alle testamentarischen Dispositionen gleichmäßige Anwendung litt, wird ausdrücklich gesagt, l. 201. de R. J.:

„Omnia, quae ex testamento proficuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint",

und ganz dasselbe, was in l. 210. eod. für Erbeinsetzungen ausgesprochen wird:

„Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest"

wird durch die regula Caton. für Vermächtnisse angeordnet. Freilich lassen sich

gegen diese Ansicht nicht unerhebliche Zweifel aufstellen, wohin namentlich und insbesondre gehören, daß sich darnach nicht wohl einsehen lasse, wie jene angebliche blose Anwendung einer anerkannten allgemeinen Regel in den Augen der Römer den Rang einer selbstständigen Regel habe erhalten können, einer Regel, die man sogar mit einem besondren, von ihrem Urheber hergenommenen Namen belegt habe, daß es ferner ja ausdrücklich in den Gesetzen heiße: „Catoniana regula non pertinet ad hereditates", l. 3. h. t., womit also geradezu jene von uns behauptete Identität in Abrede gestellt sei, und daß endlich ja wirklich ein hier einschlagender wichtiger materieller Unterschied zwischen Erbeinsetzungen und Legaten vorkomme, indem dort die Regel: quae ab initio inutilis fuit institutio etc. eine absolute Geltung habe, und namentlich auch bei bedingten Erbeinsetzungen Anwendung finde, während dies bei der reg. Caton. bekanntlich nicht der Fall sei. Diese Zweifel möchten sich durch folgende Betrachtungen beseitigen:

1) Daß die Regel: quod ab initio vitiosum est etc. auch auf Legate Anwendung finden müsse, ist gewiß niemals von einem römischen Juristen bezweifelt worden. Während aber bei anderweiten Dispositionen es sich überall von selbst verstand, in welchem Momente das „*initium*" anzunehmen sei, konnte dies bei Legaten problematisch erscheinen. Nicht ohne allen Schein konnte man nämlich dabei sagen, das Legat beginne erst vom Augenblick des Todes des Erblassers an, und ging man von dieser Ansicht aus, so mußte die Regel: quod ab initio vitiosum est etc. so verstanden werden, daß der Augenblick des Todes des Erblassers über die Giltigkeit des Vermächtnisses entscheiden müsse. Dies mochte auch wirklich von manchen römischen Juristen behauptet worden sein; aber die Mehrzahl erklärte sich sicher von jeher dagegen, indem sie vielmehr den Zeitpunkt der Errichtung des Vermächtnisses als den Anfang desselben betrachteten, und diese letztre Meinung fand dann ihren genügenden Ausdruck in der regula Catoniana, die offenbar dazu bestimmt war, jenen Zweifel zu beseitigen. Während man sich also bei andren Rechtsgeschäften mit dem allgemeinen Ausspruch: quod ab initio vitiosum est etc. vollkommen begnügen konnte, weil er keiner Mißdeutung fähig war, bedurfte es bei Legaten eines erläuternden Zusatzes in Betreff des *initium*, und dazu diente in sehr passender Weise die Fassung jener Regel für Legate, wie sie Kato vorgeschlagen hat. Obwohl nun hiernach diese reg. Caton. nach ihrem ganzen Gehalte nichts ist, als jene allgemeine Rechtsregel: quod ab initio vitiosum est etc., nur daß ein interpretirender Zusatz in Betreff des *initium* damit verbunden ist, so erklärt sich doch eben wegen des letztren Zusatzes sehr leicht, wie die Römer dazu kommen konnten, unsrer Regel den Rang einer selbstständigen, mit einem besondren Namen zu belegenden, einzuräumen.

2) Aus dem eben Bemerkten geht von selbst hervor, daß die besondre Fassung, welche der allgemeine Grundsatz: quod ab initio vitiosum est etc. in der reg. Catoniana erhielt, gerade nur für Legate, nicht auch für Erbeinsetzungen Bedürfniß war, denn bei den letztren verstand sich namentlich zur Zeit des früheren Manzipationstestaments ganz von selbst, daß das „initium" eben nur der Augenblick der Testamentserrichtung, d. h. der familiae venditio an den Erben, sein konnte, und auch später konnte dies keinem gegründeten

Zweifel unterliegen, da doch immer bei der Erbeinsetzung der Gedanke eines zwischen dem Erblasser und dem Erben abgeschlossenen Geschäfts vorherrschend blieb. Dies und nur dies, daß die reg. Catoniana nur für Legate Bedürfniß, und also auch nur für sie bestimmt war, will nun gewiß der Jurist in den Worten ausdrücken: Cat. regula non pertinet ad hereditates, und ich muß es für irrig halten, wenn man daraus ableiten will, daß durch die reg. Caton. eine materielle Verschiedenheit zwischen Legaten und Erbeinsetzungen begründet sei. Dies ist so wenig der Fall, daß nach meiner Ueberzeugung der Wortausdruck der reg. Cat. unbedenklich auch für Erbeinsetzungen gebraucht werden dürfte, und man also zu keinem einzigen falschen Resultate käme, wenn man folgende Regel aufstellte: quae heredis institutio, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutilis foret, eam, quandocunque decesserit, non valere. Es würde dies nur eine überflüssige Weitläuftigkeit, aber keineswegs ein Fehler sein.

3) Wenn man endlich behauptet, daß ja doch wirklich zwischen der reg. Cat. bei Legaten, und der Regel: „quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest“ bei Erbeinsetzungen, der materielle Unterschied vorkomme, daß die letztre absolute Geltung habe, während die erstre bei manchen Arten von Legaten keine Anwendung finde, und wenn man dann daraus weiter ableitet, daß demnach doch jene beiden Regeln nicht identisch sein könnten: so hält auch diese Behauptung, so scheinbar sie ist, dennoch keine nähere Prüfung aus. Sieht man nämlich von der testamenti factio ab, welche, wie oben gezeigt ist, gar nicht in die Sphäre der reg. Cat. fällt, so daß dieselbe bei einem bedingten Legate nicht weniger, wie bei einer bedingten Erbeinsetzung nothwendig im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden sein muß, sieht man, sage ich, von dieser test. factio ab, so löst sich jener angebliche materielle Unterschied zwischen Erbeinsetzung und Vermächtniß in einen rein faktischen auf. Alle oben bei nro. II. aufgezählten Fälle nämlich, bei denen die reg. Caton. keine Anwendung findet, können augenscheinlich bei Erbeinsetzungen schlechterdings nicht vorkommen, und blos aus diesem faktischen Grunde hat die Regel: quae ab initio inutilis fuit institutio, eine unbeschränktere Wirkung, als die reg. Caton., während, wenn jene Fälle auch bei Erbeinsetzungen gedenkbar wären, nicht bezweifelt werden dürfte, daß sie eben so zu beurtheilen seien, wie bei Legaten. M. a. W. daß die reg. Caton. bei manchen Arten von Legaten, namentlich bei bedingten, keine Anwendung leibet, geht nicht aus der besondren Fassung dieser Regel hervor, sondern auch der allgemeine Grundsatz: quod ab initio vitiosum est etc. geht nicht auf bedingte Rechtsgeschäfte. So kann sich z. B. Jemand seine eigne Sache nicht wirksam versprechen lassen, und wenn dies doch Jemand thäte, so würde eine solche Stipulation selbst dann unwirksam bleiben, wenn auch nachher diese Sache aus dem Eigenthum des stipulator herausgehen sollte: läßt er sich aber diese seine Sache unter irgend einer Bedingung versprechen, so ist die stipulatio vollkommen giltig, wenn nur im Augenblick der Bedingung die Sache nicht mehr im Eigenthum des stipulator steht, l. 31. de V. O.: „Si rem meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit“. Da bei Stipulationen nicht die reg. Caton., sondern nur jene allgem. Regel: quod ab initio etc. gilt, und dennoch bedingte Stipulationen nicht nach dem Augenblick der Errichtung,

sondern nach dem Momente der erfüllten Bedingung beurtheilt werden, so geht daraus von selbst hervor, daß nicht die besondre Fassung der reg. Caton. der Grund sein kann, weßhalb dieselbe nicht auf bedingte Legate Anwendung leidet.

Ich glaube durch die bisherigen Erörterungen vollständig den Beweis erbracht zu haben, daß die reg. Catoniana in keinem einzigen Punkte von der bei Erbeinsetzungen geltenden Regel: quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest, abweicht, daß sie also schlechthin keine Singularität für Vermächtnisse enthält, sondern ihre Fassung nur darum etwas ausführlicher beliebt wurde, um einen möglichen Zweifel über das „initium" zu beseitigen. Mancherlei andere, zum Theil recht wunderliche, Ansichten über Grund und Zweck unsrer Regel, und über das Verhältniß derselben zu der bei Erbeinsetzungen geltenden Regel s. bei *Harnier* cit. §. VI sqq., Roßhirt im Arch. X. S. 329 fgg., Ders., Verm. I. S. 417 fgg., Guyet a. a. O. S. 106 fgg., Müller a. a. O. S. 278 fgg., Arndts a. a. O. S. 240 fgg.

IV. Wenn Ulpian in l. 5. h. t. sagt: „Regula Catoniana ad novas leges non pertinet", so ist man schon lange darin einverstanden, daß unter den novae leges die leges Julia et Pap. Poppaea gemeint sind, und zwar ist ihr augenscheinlicher Sinn der, daß die Kapazität des Legatars nicht, wie es eigentlich die reg. Caton. mit sich brächte, im Augenblicke der Testamentserrichtung, sondern erst im Augenblick des angefallenen Legats vorhanden sein muß (vgl. §. 429. Anm. 1). Wie Ulpian mit Recht sagt: reg. Cat. ad novas leges non pertinet, so läßt sich aber auch umgekehrt mit nicht minderem Rechte sagen: novae leges ad reg. Catonianam non pertinent, d. h. die leg. Jul. et Pap. Poppaea haben die Katonianische Regel nicht absorbirt, sondern dieselbe ist trotz dieser neuen Gesetze noch immer praktisch geblieben. Zwar hat man früher sehr häufig das Gegentheil behauptet, weil ja nach der lex Jul. et P. P. der dies legati nicht mehr im Augenblicke des Todes, sondern der Testamentseröffnung zedirt habe, und die reg. Cat. nach l. 3. h. t. nur bei solchen Legaten Anwendung leide, deren dies im Augenblick des Todes zedire, vgl. z. B. *Cujac.*, observ. IV. 4, *Jac. Gothofr.*, in quat. font. (bei Otto III. p. 236. not. 3), *Heinecc.* ad leg. Jul. et P. P. p. 380; aber daß diese Ansicht, wonach die reg. Cat. während der ganzen Zeit der klassischen Juristen und auch später nicht gegolten habe, und nur erst wieder durch die Justinianische l. un. C. de caduc. toll. in Kraft gesetzt worden sei, völlig verwerflich sei, geht wohl schon genügend aus dem äußeren Grunde hervor, daß die römischen Juristen, wie schon aus den bisher hier gegebenen Zitaten erhellt, die reg. Caton. nicht nur sorgsam und bis in das Detail hin abhandeln, sondern dieselbe auch unbedenklich ihren kasuistischen Entscheidungen zu Grunde legen. Offenbar lag aber auch die Aufhebung der reg. Caton. nicht entfernt in der Absicht der novae leges, und nur eine an Aeußerlichkeiten sich anhängende Wortklauberei hätte zu der entgegengesetzten Meinung hinführen können. Faßt man, was ganz unbedenklich ist, den wahren Gehalt der reg. Caton. so auf „bei allen Legaten, bei denen in Betreff des dies cedens die regelmäßigen Grundsätze gelten, müssen die Requisite ihrer Wirksamkeit im Augenblicke der Testamentserrichtung vorhanden sein, während bei denjenigen Legaten, bei denen in Betreff des dies cedens eine

Anomalie Platz greift, auf den Augenblick des **dies cedens** Rücksicht genommen werden muß", hält man also für die Anwendbarkeit der **reg. Cat.** nicht gerade das für wesentlich, daß der **dies** im Augenblick des Todes zedire, sondern vielmehr nur das, daß in Betreff desselben keine Anomalie eintrete: so leuchtet von selbst ein, daß die Neuerung der **lex Jul. et Pap. Popp.**, wonach der **dies legati** regelmäßig erst **post apertas tabulas**, nicht aber im Momente des Todes zediren sollte, auf die Anwendbarkeit der **reg. Cat.** nicht den mindesten Einfluß äußern konnte. S. auch *Harnier* cit. §. XI, vgl. mit Müller a. a. O. §. 9. S. 295 fgg.

V. Ausnehmend bestritten ist in neuerer Zeit die Frage, ob die **reg. Cat.** auch noch im Justinianischen Rechte praktische Geltung habe? Früher nahm man dies allgemein ohne alles Bedenken an, bis zuerst Schöman, Handb. II. Abh. 8. die heutige Anwendbarkeit unsrer Regel leugnete, dessen Meinung dann von vielen Neueren angenommen wurde, vgl. z. B. v. Löhr in sein. Magaz. III. S. 196 fgg., Guyet a. a. O., Thibaut, Syst. §. 959, Schweppe §. 882, Hugo II. Rechtsgesch. S. 1003. 1126, Schilling, Bemerkungen über röm. Rechtsgesch. S. 24, Balett, Lehrb. §. 1108, Marezoll in Gießer Zeitschr. XI. S. 270 fgg., Sintenis III. §. 212. Anm. 6. Es stützt sich aber diese neue Meinung im Wesentlichen darauf, daß die **reg. Caton.** bei Fideikommissen niemals angewendet worden sei, und daß also jetzt nach erfolgter Gleichstellung der Legate und Fideikommisse das mildere Recht der letztren auch auf die erstren bezogen werden müsse. Hiergegen aber sprechen zunächst schon wichtige äußere Gründe. Im Corpus juris wird, wie wir oben gesehen haben, an sehr vielen Orten jene Regel nicht etwa nur angedeutet, sondern in ihrem vollen praktischen Detail abgehandelt, ja, derselben sogar ein eigner Titel gewidmet, so wie denn auch namentlich noch Justinian selbst dieselbe deutlich und bestimmt ausspricht, ohne auch nur entfernt anzudeuten, daß dieselbe nicht mehr gelte, §. 32. J. **de legat.** Die Aufnahme aller dieser Stellen blos aus der Kopflosigkeit der Kompilatoren erklären zu wollen, ist doch wahrlich äußerst gewagt, und sie im Sinne Justinian's für bloses historisches Material zu erklären, oder mit Sintenis cit. anzunehmen, daß jene Aufnahme nur wegen der zur Zeit der Publikation der Pandekten schon errichteten Testamente geschehen sei, halte ich geradezu für unmöglich. Die Unhaltbarkeit jener Meinung geht aber auch meines Erachtens aus innern Gründen hervor, wenn man nur den Gang beachtet, den das Recht der Fideikommisse bei den Römern nahm. So lange dieselben noch ganz formlos errichtet wurden, und sich auf den blosen Willen des Erblassers gründeten, verstand es sich ganz von selbst, daß die Regel: **quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest** bei ihnen nicht dieselben äußeren Erscheinungen hervorbringen konnte wie bei Legaten. Während nämlich bei den letztren das „**initium**" ausschließlich nur die Zeit der Testamentserrichtung war, brauchte das „**initium**" eines Fideikommisses nicht gerade nothwendig der Zeitpunkt der ersten Errichtung zu sein, sondern auch jeder folgende Augenblick des fortdauernden Willens durfte unbedenklich als Anfangspunkt des Fideikommisses angesehen werden, und wenn also zur Zeit der ersten Errichtung irgend ein Ungiltigkeitsgrund vorhanden war, der aber später

bei Lebzeiten des Testators und bei fortdauerndem Willen desselben wegfiel, so stand gar nichts im Wege, den Augenblick dieses wegfallenden Hindernisses oder auch den Augenblick des Todes als den Anfangspunkt des Fideikommisses zu betrachten, und aus diesem Grunde dasselbe giltig werden zu lassen. Ganz diese Betrachtungsweise findet sich denn auch in unsren Quellen, l. 1. §. 1. de legat. III:

> „Sed si filiusfamilias vel servus fideicommissum reliquerit, non valet; si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum videri, *quasi nunc datum, quum mors ei contingit, videlicet si duraverit voluntas post manumissionem*",

l. 1. §. 5. eod.: „Si quis plane in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, et indulgentia imperatoris restitutus iisdem codicillis durantibus decesserit, potest defendi, fideicommissum valere, *si modo in eadem voluntate duravit*".

Diese Stellen dürfen also nicht dafür angeführt werden, daß bei Fideikommissen die Regel: quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest gar nicht anwendbar gewesen sei, sondern aus ihnen geht nur hervor, daß bei Fideikommissen, so lange sie durch nuda voluntas des Erblassers errichtet werden konnten, aus begreiflichen Gründen das initium anders bestimmt werden mußte, als bei Legaten. Dies mußte aber nothwendig von selbst wegfallen, nachdem seit Konstantin und Theodos die Fideikommisse nicht mehr durch blose formlose Willenserklärung errichtet werden konnten, sondern einen eben so förmlich ausgesprochenen Willen voraussetzten, wie die Legate. Auch bei ihnen konnte jetzt natürlich das „initium" nur der Zeitpunkt der ersten Errichtung sein, und darum mußte denn auch von jetzt an nothwendig die Regel: quod ab initio vitiosum est rel. bei ihnen völlig denselben Inhalt erlangen, und dieselben Erscheinungen hervorbringen, wie bei Legaten, d. h. es mußte von jetzt an auch bei Fideikommissen die regula Catoniana unbedingt anwendbar sein; denn diese Regel ist ja, wie wir oben sahen, nicht etwa eine Singularität, so daß deren Anwendung nur durch besondre positive Vorschriften gerechtfertigt werden dürfte, sondern sie ist ja nichts, als der seiner Natur nach allgemein anwendbare Grundsatz: quod ab initio etc. in einer Fassung, die ebenfalls nichts Singuläres enthält, sondern nur dazu bestimmt war, einen möglichen aber ungegründeten Zweifel über das „initium" zu beseitigen. So war denn zu Justinian's Zeit die reg. Caton. schon lange auf Fideikommisse eben so, wie auf Legate anwendbar gewesen, und die von ihm bewirkte exaequatio legator. et fideic. konnte also auf die praktische Geltung der Regel keinerlei Einfluß üben. Diese richtige Meinung ist denn auch noch h. z. T. trotz der mehrfachen Anfechtungen noch immer als die herrschende anzusehen, vgl. z. B. *Harnier*, Roßhirt, Müller, Arndts an den angeff. Orten, *Schroeter*, observ. jur. p. 103 sqq., Mühlenbruch, Lehrb. III. §. 778, Mejer in Schweppe's Handb. V. §. 882, Puchta, Lehrb. §. 522, Vorles. ad h. l., Wening, Lehrb. §. 472, Göschen, Vorles. §. 1006. a. E., Keller §. 585. a. E., Vering S. 717 fg., Tewes II. §. 89. a. E. u. A. m.

b) Nachheriges Erlöschen.

aa) Ademtio et translatio. §. 541.

Inst. II. 21. de ademtione et translatione legatorum, Dig. XXXIV. 4. de adimendis vel transferendis legatis. — Roßhirt, Verm. I. S. 429 fgg.

1) *Ulp.* l. 3. §. 11. h. t.: Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est, sin autem levis offensa, manet fideicommissum. Secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita.

2) *Scävola* l. 31. §. 1. h. t.: Matri suae heredi ex parte institutae quatuor praedia legavit, et fidei ejus commisit, ut ex his duo socero restitueret, deinde codicillis socero ademit fideicommissum, quaesitum est, an nihilominus ex praelegatione ad matrem pertinerent. Respondi, nihil proponi, cur ad matrem pertinerent. Zu verbinden hiermit ist *Marcell.* l. 17. de legat. II: Si quis Titio decem legaverit et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis, *nisi duntaxat ut ministrum Titium elegit*; idem est, et si ponas usumfructum legatum. — Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 31. §. 1. cit. tom. V. p. 462 sqq., Roßhirt S. 435 fgg. und bes. Buchholtz, Prälegate S. 628 fgg.

3) *Gai.* l. 5. h. t.: Sicut adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo: *quod Titio legavi, id Sejo do lego,* quae res in personam Titii tacitam ademtionem continet.

4) *Paul.* l. 6. pr. eod.: Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det, aut quum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.

Anm. Wie ist zu entscheiden, wenn der Erblasser eines von mehreren ausgesetzten Vermächtnissen widerrufen hat, und man weiß nicht, welches? Sollen hier die sämmtlichen Legate bestehen bleiben, oder sollen umgekehrt alle zusammenfallen? Die Beantwortung dieser Frage hat von jeher unsren Juristen nicht geringe Schwierigkeiten gemacht, wozu insbesondre der auffallende Umstand

Veranlassung gegeben hat, daß in zwei von demselben Juristen herrührenden Pandekten-Stellen die entgegengesetzte Lehre vorgetragen wird. Während nämlich Ulpian (libr. 24. ad Sabin.) in l. 3. §. 7. h. t.:

„Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit, *utrique legatum debebitur*, quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum“

die Meinung vertheidigt, daß beide Legate bestehen bleiben, erklärt sich derselbe Ulpian (libr. VI. Disputat.) in l. 10. de reb. dub. (34, 5) nicht weniger bestimmt für die umgekehrte Lehre, daß beide Vermächtnisse zusammenfallen müßten:

„Si fuerit legatum relictum: *ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit*, si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei, *qui monumentum fecerit*, et plures fecerint, vel ei, *qui maximus natu est*, et duo pares aetate sint; sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aequa caritate conjuncti. Sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat, cui ademtum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est; et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, *ademtionem autem in utrumque valere*“.

Man hat allerdings häufig versucht, den Widerstreit dieser beiden Stellen durch Auslegung aufzuheben (vgl. über die früheren Versuche dieser Art Göschen in der gesch. Zeitschr. I. 6), und namentlich hat die schon von vielen Aelteren aufgestellte (vgl. die Nachweisungen bei Göschen S. 105 fgg.) Ansicht, daß hier Alles auf den Unterschied ankomme, ob den Gleichnamigen *separatim* (l. 3. §. 7. cit.) oder *conjunctim* (l. 10. cit.) legirt sei, auch noch h. z. T. an Sitzler in Elvers neuer Themis I. S. 309 fgg. und Huschke in Gieß. Ztschr. N. F. IV. S. 288 fgg. Vertheidiger gefunden, s. auch Puchta, Vorles. zu §. 537; aber gewiß mit größtem Rechte sind die weit meisten neueren Juristen darin einverstanden, daß nach der auch im vorhergehenden Abdruck wieder gegebenen Lesart der Florentina und der bei Weitem meisten Vulgatmanuscripte die beiden Stellen sich geradezu widersprechen, und daß, wenn irgend Hülfe möglich ist, dieselbe nur durch Kritik geschafft werden kann. Göschen a. a. O. nimmt nun die l. 3. §. 7. cit. als entscheidend an, und will mit derselben die l. 10. cit. dadurch vereinigen, daß er die Schlußworte der letzteren so umwandelt: „*in ademtione autem utrumque valere*“; es sei nämlich allgemeine Regel: „Quae in testamento ita scripta sunt, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent, l. 2. de his, quae pro non script., l. 73. §. 3. de R. J., und ferner: Quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem causis etiam ademtio inefficax habetur, l. 14. §. 1. h. t., wozu auch weiter komme, daß, gleichwie nach römischen Grundsätzen die Erbeinsetzung vor der exheredatio zu begünstigen sei, die datio legati größeren Anspruch auf Begünstigung machen könne, als die ademtio; vgl. auch Arndts im Rechtslex. VI.

S. 299 fg. und Lehrb. §. 551. Anm. 2, Brinz S. 960 fg., Vering S. 719. Not. 4, Tewes II. S. 277, Unger, östr. Erbr. §. 61. Anm. 8. Ich muß diese Meinung für irrig halten. Was nämlich die Regel: **quae in testamento ita scripta sunt etc.** anbelangt, so darf das „**in testamento scriptum**" sicher nicht so materiell aufgefaßt werden, wie dies von Göschen geschieht, sondern der Inhalt eines Testaments darf nur in seinem Komplex für geschrieben erachtet werden, so daß es offenbar einerlei ist, ob die datio legati gleich Anfangs dunkel war, oder ob sie erst durch eine nachherige letztwillige Bestimmung dunkel geworden ist. Welchen Unterschied kann es auch wohl für den Unbefangenen machen, ob der Erblasser sagte: „ich vermache dem Titius 100", und man weiß nicht, an welchen Titius er gedacht hat, oder ob er sagte: „ich vermache den beiden Titius, einem Jedem, 100", und nachher hinzufügte: „Titius soll die 100 nicht haben", und man weiß nicht, welchem Titius er das Legat wieder habe nehmen wollen. Offenbar ist es in beiden Fällen gleich ungewiß, welchem Titius das Legat vom Erblasser zugedacht sei, und es muß also auch für beide Fälle gleichmäßig die Entscheidung gelten, daß das Vermächtniß für Keinen der beiden Titius als geschrieben angesehen werden müsse. Für die gegenseitige Meinung kann uns auch nicht der Satz der l. 14. §. 1. h. t.: **Quibus ex causis datio legati inutilis est. etc.** bestimmen, denn fügt man nur die vom Juristen zur Erläuterung desselben angeführten Beispiele hinzu: „*veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte [fundum] liberum esse vetes*", so sieht man leicht, daß Göschen jenem Satze eine Beziehung gegeben hat, an die der römische Jurist auch nicht entfernt gedacht hat. Daß endlich auch der Billigkeitssatz, es sei eher für eine datio, als für eine ademtio legati zu präsumiren, hier nichts entscheiden kann, bedarf keiner näheren Ausführung. Hiernach muß ich den Gedanken, welchen Ulpian in der l. 10. cit. ausspricht, für den allein richtigen und praktisch entscheidenden halten, und die Kritik hat sich demnach nicht gegen diese l. 10, sondern nur gegen die l. 3. §. 7. cit. zu kehren. An kritischen Versuchen dieser letztren Art hat es denn auch ganz und gar nicht gefehlt. Die gewöhnlichste und meines Erachtens auch beste Aushilfe ist die, daß man in der l. 8. cit. statt: ***utrique*** leg. debebitur liest: ***neutri*** leg. deb., eine Lesart, die auch schon in der Glosse als handschriftliche Variante erwähnt, und unter den neueren Juristen besonders vertheidigt ist von Gans im civ. Arch. I. 33, Herrstorf das. Nr. 84, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 759 fgg., und Riebel in Gieß. Zeitschr. n. F. XIII. S. 293 fgg. Anders, aber kaum glücklicher, wollen Klüpfel im civ. Arch. II. No. 7, Hepp das. IX. No. 20, Wunderlich in Sell's Jahrb. I. No. 8, Lang, Hermeutik S. 277. und Pöschmann in Schletter's Jahrbb. III. S. 251 fg. helfen. Alle nehmen mit Recht die l. 10. cit. als das entscheidende Gesetz an; was aber die l. 3. cit. anbelangt, so soll dieselbe nach Klüpfel so verstanden werden, daß man die Worte bis ***legatum debebitur*** für Worte des Sabinus, die folgenden ***quemadmodum*** rel. aber für einen berichtigenden Zusatz des Ulpian halten müsse; nach Hepp und Lang dagegen soll hinter ***legatum debebitur*** ein Fragezeichen gesetzt werden, so daß erst die folgenden Worte quemadmodum etc. die Entscheidung Ulpian's enthalten (vgl. auch Sintenis III. §. 212. Not. 16. der nur insofern abweicht,

daß er das Fragezeichen erst hinter: datum sit setzen will; nach Wunderlich soll Statt debebitur gelesen werden: *delebitur*, und Pöschmann endlich will lesen: utrique (soviel wie et utri) legatum *debeatur*, so daß die Antwort erst mit quemadmodum beginnen würde. Vgl. auch Roßhirt, Verm. I. S. 436 fgg.

bb) Wegfallen des Onerirten. §. 542.

cc) Wegfallen des Honorirten. §. 543.

dd) Veränderung mit dem legirten Objekte. §. 544.

1) *Ulp.* l. 44. §. 4. de legat. I: Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem. — 2) *Javolen.* l. 39. de legat. II: Si areae legatae post testamentum factum aedificium impositum est, utrumque debebitur, et solum et superficium. — 3) *Cels.* l. 79. §. 2. de leg. III: Area legata, si inaedificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur.

ee) Concursus causarum lucrativarum. §. 545.

Roßhirt in seiner Zeitschr. II. S. 24 fgg., Ders. Verm. I. S. 448 fgg., Sell, über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch conc. duar. causar. lucrativar. Zürich 1839.

1) §. 6. J. de legat. (2, 20): Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest, si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an aestimationem ex testamento consecutus est; nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si aestimationem, agere potest. — Nicht im Widerspruch hiermit steht Ulpian in l. 34. §. 1. und 2. de legat. 1: Si eadem res saepius legetur in eodem testamento, amplius, quam semel peti non potest, sufficitque, vel rem consequi, vel rei aestimationem (§. 2). Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere

potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem; und namentlich geht aus §. 7. und 8. desselben Fragments deutlich hervor, daß Ulpian ganz der in der Institutionenstelle vorgetragenen Lehre folgt, vgl. Sell a. a. O. S. 111 fgg.

2) *Papinian.* l. 66. §. 1—3. de legat. II: Duorum testamentis pars fundi, quae Maevii est, Titio legata est; non ineleganter probatum est, ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem obtingere, neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam. (§. 2). Sed si pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit, legatur, solutio prior non perimit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres solvere, namque plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent. (§. 3). Non idem respondetur, quum duobus testamentis generatim homo legatur; nam qui solvente altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit. Eademque ratio stipulationis est; hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet, utque ab initio non consistit in his, qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur, cujus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit. Vgl. Sell a. a. O. S. 143 fgg., wo auch insbes. S. 160 fgg. ausführlich das Verhältniß des §. 3. cit. zu l. 67 pr., l. 72. §. 4. de solut. (46, 3) besprochen wird. —

B) Folgen des Wegfalls.

1) Im Allgemeinen. §. 546.

2) Insbesondre vom Anwachsungsrechte. §. 547.

Ramos del Manzano, Praelect. de legat. et fideic. P. 2. (bei *Meerm.* VII. p. 280 sqq.), *Heister*, de jure accrescendi, in opusc. nr. 8, *Holtius*, observations sur le droit d'accroissement entre legataires, in der Thémis ou Biblioth. du Jurisconsulte, tom. IX. p. 235 sqq., p. 534 sqq., Francke, Beitr. I. S. 111 fgg., Mayer, das Recht der Anwachsung S. 85 fgg., Roßhirt, Verm. I. S. 589 fgg., K. A. Schneider, das altzivile und Justin. Anwachsungsrecht bei Legaten. Berl. 1837. (vgl. Huschke in Richter's krit. Jahrb. 1838. S. 307 fgg.), Witte in Weiske's

Rechtslex. I. S. 313 fgg., *Machelard*, Dworzak und *Glasson* in den oben vor §. 494 angeff. Schriften, Burchardi in Bekker's Jahrb. V. S. 1 fgg.; vgl. auch Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 420 fgg.

1) *Justinian.* l. un. §. 11. C. de caduc. toll. (6, 51): Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc conjunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus relictum est. Cum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat, et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei aestimationem accipere desiderent, quum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente susceperit, in uno tantummodo genere legati hoc accipiens, in aliis respuendam esse existimans. Nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei, singulis in solidum, praestetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida ejus sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, ut ejus, qui primus accepit, legatum augere videatur, sed apud ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis portionem hoc onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum tantum legatum imminutum habet. Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videatur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unus-

quisque suum onus, non alienum agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere. — Vgl. §. 8. J. de legat. (2, 20): Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si vero alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: *Titio et Sejo hominem Stichum do lego;* disjunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego, Sejo Stichum do lego;* sed et si expresserit: *eundem hominem Stichum*, aeque disjunctim legatum intelligitur.

2) *Papinian.* l. 11. de usufr. accresc. (7, 2): Quum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset, unde fit, ut inter eos jus accrescendi non sit.

3) *Javolen.* l. 41. pr. de legat. II: Maevio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego; si Sejus decesserit, pars ejus utrique accrescit, quia quum separatim et partes fundi et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quae cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat. Vgl. Baumeister, Anwachsungsr. unter Miterben S. 235 fgg., Roßhirt, Verm. I. S. 609 fgg., *Machelard* l. c. III. p. 193 suiv., Dworzak a. a. O. S. 78 fgg.

Anm. Während bei Miterben die conjunctio nur ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung begründet, bildet dieselbe bei Kollegataren die wesentliche Voraussetzung für alle Accretion, so daß diese also gerade nur unter collegatarii conjuncti Statt findet. Ob aber blos collegatarii re conjuncti und re et verbis conjuncti, oder ob auch collegatarii verbis tantum conjuncti einen Anspruch auf Anwachsung geltend machen können, ist auch noch h. z. T. sehr bestritten.

1) Viele ältere Juristen gehen von dem Gedanken aus, daß schon nach dem vorjustinianischen Rechte auch unter collegatarii verbis conjuncti Anwachsung Statt gefunden habe, eine Meinung, die freilich h. z. T., und zwar mit dem größten Rechte, fast gar keine Vertheidiger mehr findet. Dagegen spricht nämlich schon entscheidend das Prinzip, welches dem Anwachsungsrechte der Kollegatare zu Grunde liegt, indem dasselbe nur dann Platz greift, wenn, wie es in l. 80. de legat. III. heißt, *tota legata singulis data sunt, partes autem concursu fiunt*, d. h. wenn der Erblasser Jeden von mehreren Honorirten auf dieselbe ganze Sache bedenkt, wenn er sie also, so zu sagen, einem jeden Ein-

zelnen ganz gönnt, und eine Theilbestimmung demnach nicht vom Testator ausgeht, sondern die Beschränkung auf Theile nur eben dadurch herbeigeführt wird, daß mehrere ganz gleich Berechtigte zusammentreffen, von denen natürlich nicht jeder Einzelne die ganze Sache erlangen kann, vgl. auch l. 1. §. 4, l. 8. de usufr. accr. (7, 2), l. 2. pr. quib. mod. usufr. amitt. (7, 4). Daß hiernach die verbis conjuncti kein Anwachsungsrecht ansprechen dürfen, leuchtet von selbst ein, da ja gerade zum Begriff derselben gehört, daß der Erblasser selbst Theile festgesetzt habe, so daß legatarii *semper* partes habent, nicht partes concursu fiunt, l. 89. de legat. III. (s. oben S. 320). Außerdem spricht auch noch für diesen Satz, theils der auch noch im neuesten Rechte geltende Grundsatz, daß die Anwachsung dann hinwegfällt, wenn für jeden einzelnen Kollegatar ein besondrer Onerirter ernannt ist (T. 2) — denn die von Papinian angegebene ratio ist ja, weil in einer solchen Disposition eine vom Testator ausgehende Theilbestimmung gefunden werden müsse —, theils und vorzüglich der bekannte Grundsatz des älteren Rechts, daß bei dem legatum per damnationem alle Anwachsung ausgeschlossen war, *„quoniam damnatio partes facit"*, Vat. fr. §. 85, Gai. II. 105, d. h. weil hierbei legatarii semper partes habent, also eine andre, als Verbalkonjunktion dabei gar nicht möglich war. Ein fernerer Beweis dafür, daß unter collegatarii verbis tantum conjuncti keine Anwachsung Platz greift, liegt noch darin, daß so verbundene coheredes kein Vorzugsrecht bei der Accretion in Anspruch nehmen können, l. 66. de hered. inst. (S. 324 fgg.), und daß in der hier einschlagenden Institutionenstelle schlechterdings nur die re und die re et verbis conjuncti bei der Anwachsung erwähnt werden, von den verbis tantum conjuncti aber ganz und gar keine Rede ist (T. 1. a. E.). Endlich wird ja aber auch in T. 2. mit klaren und bestimmten Worten für verbis tantum conjuncti das Anwachsungsrecht geradezu in Abrede gestellt. — Daß ungeachtet dieser vielfachen und schlagenden Argumente dennoch die entgegengesetzte Meinung entstehen und zahlreiche Vertheidiger finden konnte, könnte unbegreiflich scheinen, wenn nicht eine Pandektenstelle vorhanden wäre, worin jene Ansicht sehr bestimmt ausgesprochen zu sein scheint. Es ist dies nämlich die l. 89. de legat. III, wo Paulus libr. VI. ad leg. Jul. et Pap. so sagt:

> „— — Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis conjunctus est; quodsi re tantum conjunctus sit, constat, non esse potiorem; *si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quaestionis est, an conjunctus potior sit. Et magis est, ut et ipse praeferatur*".

Die neuen Aufschlüsse aber, welche uns namentlich Gai. II. 207. 208. über die caducorum vindicatio gibt, heben hier alle Schwierigkeit auf. Hält man nämlich fest, daß bei der durch die lex Jul. et Pap. Pop. eingeführten caducorum vindicatio ein Prioritätsrecht der collegatarii conjuncti begründet war, und daß hierbei anders, wie nach dem jus antiquum, gerade die Verbalkonjunktion entscheidend war, wie schon daraus hervorgeht, daß auch bei dem legatum per damnationem, wobei eine andre, als Verbalkonjunktion gar nicht vorkommen konnte, davon Anwendung gemacht wurde, Gai. II. 208, und beachtet man dann ferner die Inskription der l. 89. cit.: so kann es

in der That keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß dieses Fragment gar nicht von der Anwachsung und den dabei geltenden Konjunktions-Grundsätzen redet, sondern von der caducorum vindicatio und dem Konjunktions-Prinzip der lex Jul. et Pap. Popp., wie auch schon daraus hervorgeht, daß hier von einer durch conjunctio begründeten Priorität die Rede ist, während, wenn Paulus die conjunctio in Betreff des Anwachsungsrechts bei Legaten hätte darstellen wollen, die zu beantwortende Frage nicht die gewesen wäre, ob die verbis conjunctio einen Vorzug begründen könne? sondern vielmehr die andre, ob diese conjunctio überhaupt zur Anwachsung befuge? Auf diese allein richtige Erklärung der l. 89. cit., wodurch die Meinung, daß schon zur Zeit der Pandektenjuristen blose Verbalkonjunktion bei der Anwachsung berücksichtigt worden sei, ihre einzige scheinbare Stütze verliert, machte meines Wissens zuerst Hugo aufmerksam in der 7. Rechtsgesch. (1820) S. 539. Not. 10, vgl. auch 11. Rechtsg. S. 764. Not. 5, und ihm folgten dann auch fast alle Neueren, vgl. z. B. Francke, Beitr. 1. S. 116, Rudorff in der gesch. Zeitschr. VI. S. 414 fgg., Thibaut in Braun's Erörtr. S. 774 fgg., Roßhirt, Verm. I. S. 600 fgg., Mayer, Anwachs. S. 178 fgg., Schneider, Anwachs. S. 170. S. 231 fgg., *Machelard* cit. VI. p. 202, Dworzak S. 53 fg., *Glasson* p. 105, Burchardi S. 19 fgg.; s. jedoch auch Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 326 fgg.

2) So allgemein auch h. z. T. die Richtigkeit der eben entwickelten Ansicht anerkannt wird, daß nach vorjustinianischem Rechte die blose Verbalkonjunktion nicht zum Anwachsungsrechte hinführe, so hat sich doch in unsren Tagen die anderweite Meinung immer mehr zu verbreiten angefangen, daß in dieser Beziehung durch die l. un. §. 11. C. de caduc. toll. (T. 1) eine Abänderung des früheren Rechts bewirkt, und also nach neuestem Justinianischem Rechte allerdings die blose Verbalkonjunktion zur Begründung des Anwachsungsrechts hinreichend sei, vgl. z. B. *Holtius* l. l. p. 560 sqq., Rudorff in der gesch. Zeitschr. VI. S. 426, Mayer, Anwachsung S. 215 fgg., Witte a. a. O. S. 319 fgg., Huschke a. a. O. S. 327 fgg., Burchardi S. 14 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. III. §. 790. Wir begegnen hier ganz denselben Argumentationen, die wir schon früher bei der andren Frage kennen gelernt haben, ob nach der l. un. C. cit. bei Miterben die Verbalkonjunktion ein Vorzugsrecht bei der Anwachsung verschaffe (s. oben S. 325 fgg. No. 2). Wie ich aber dort jene Argumentation für ungenügend erklären, und ein Vorzugsrecht der coheredes verbis conjuncti in Abrede stellen mußte, so kann ich mich auch in Betreff der Kollegatare von jener angeblichen Justinianischen Reform nicht überzeugen. Daß die Worte des Kaisers der gegnerischen Meinung nichts weniger, wie günstig sind, läßt sich doch gewiß nicht verkennen, wenn man nur den ganz feststehenden Sprachgebrauch der Römer beachtet, wornach, wenn bei Kollegataren der Gegensatz von *conjunctim* und *disjunctim* vorkommt, der erstre Ausdruck stets auf re et verbis conjunctio, der zweite auf blose re conjunctio bezogen wird (s. oben S. 321), ein Sprachgebrauch, der auch namentlich von Justinian selbst in §. 8. J. de legat. (T. 1. a. E.) sehr bestimmt anerkannt ist. Ist es nun wohl glaublich, daß auf einmal in der l. un. §. 11. cit. dieser herkömmliche Sprachgebrauch verlassen und der Ausdruck *conjunctim* auch auf blose Verbalkonjunktion

bezogen worden sei, ohne auch nur mit einem Worte auf diesen abweichenden Redegebrauch hinzudeuten? Ja, noch mehr! Justinian soll nach der gegnerischen Meinung das, im Uebrigen wieder hergestellte jus antiquum wesentlich gerade dadurch umgestaltet haben, daß auch blose Verbalkonjunktion dasselbe begründen könne, und diese wichtige Reform soll der Kaiser mit keinem Worte ausdrücklich bemerklich gemacht, sondern ganz stillschweigend dadurch bewerkstelligt haben, daß er völlig dieselben Worte anwendet, wie sie bisher bei dem jus antiquum gebräuchlich gewesen, aber bei diesen Worten an etwas Anderes denkt, als man bisher zu denken pflegte! — Aber nicht blos die Worte der l. un. §. 11. C. cit. sind entscheidend für unsere Ansicht, sondern dieselbe hat auch aus innern Gründen alles Mögliche für sich, und zwar gilt in dieser Rücksicht hier wesentlich dasselbe, was schon früher in Betreff der andren Frage bemerkt worden ist, ob man annehmen könne, daß bei Miterben durch die l. un. C. cit. ein Vorzugsrecht der blosen Verbalkonjunktion eingeführt worden sei (s. oben S. 325). — Es ist zu hoffen, daß die richtige Meinung, wie sie noch vor Kurzem die herrschende war, auch trotz der mancherlei Angriffe, die in unsren Tagen dagegen gerichtet worden sind, die herrschende bleiben wird. Vgl. auch Roßhirt, Verm. I. S. 603 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLIII. S. 333 fg. (welcher hier seine im Lehrb. noch vertheidigte Meinung zurücknimmt), *Machelard* VI. p. 201 suiv., Dworzak S. 42 fgg., *Glasson* p. 104 suiv., und die Lehr- und Handbb. von Thibaut §. 996. (1015), Wening §. 524, Seuffert §. 621, Göschen §. 1051, Puchta §. 542. (Vorles. ad h. l.), Sintenis III. §. 213 geg. E., Arndts §. 556. Anm. 5, Brinz §. 221. a. E., Vering S. 729, Tewes II. §. 97, Unger, östr. Erbr. §. 63. Anm. 5. Ueber die schwankende Praxis s. Seuffert's Arch. II. 211, III. 83, XIV. 104.

Abschnitt II.

Von einzelnen Arten der Singular-Vermächtnisse.

Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. Leipz. 1793, Roßhirt, Verm. Bd. II, Arndts im Rechtslex. VI. S. 324 fgg.

I. Von dem Vermächtniß einer Spezies. §. 548.

1) §. 4. J. de legat. (2, 20): Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel si non potest redimere, aestimationem ejus dare. — — Quod autem diximus, alienam

rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim, si scisset alienam, non legasset, et ita D. Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. — 2) *Alexander* l. 10. C. de legat. (6, 37): Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse. (Roßhirt II. S. 148 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 127 fgg., Neuner, her. inst. ex re certa S. 273 fgg., Not. 40. vgl. mit S. 257 fg., Not. 27).

3) §. 5. J. de legat.: Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena; ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse, et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere. Cf. *Alexander* l. 6. C. de fideic. (6, 42). — 4) *Ulpian.* l. 57. de legat. I: Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alieno fuerit; si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam. Vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno. Quodsi testator eo animo fuit, ut quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur. Quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Praesidis provinciae id ei praestabitur. Vgl. Mühlenbruch im civ. Arch. XV. S. 393 fgg., Roßhirt, Verm. II. S. 165 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 131 fgg., Neuner a. a. O. S. 276 fgg. Not. 41, Dernburg, Pfandrecht I. S. 132 fgg.; s. auch Unger, östr. Erbr. §. 67.

II. Von dem Vermächtniß eines genus und von alternativen Vermächtnissen. §. 549.

Dig. XXXIII. 5. de optione vel electione legata. — *Gebauer*, tit. Dig. de opt. v. elect. leg. illustratus; in Exerc. acad. tom. I. exerc. 15, Roßhirt, Verm. II. S. 6 fgg., Arndts, Rechtslex. VI. S. 333 fg. S. 341 fgg., Unterholzner, Schuldverhältn. II. S. 510 fgg.

Anm. Ein legatum generis ist dann vorhanden, wenn der Gegenstand desselben eine res non fungibilis, ohne individuelle Bestimmung derselben, ist, und ein solches Vermächtniß gilt in der Regel nur unter der doppelten Voraussetzung:

Erstlich, wenn sich Sachen aus dem vermachten genus auch wirklich in der Erbschaft vorfinden, l. 71. pr. de legat. I. (wo es von dem Vermächtniß eines Hauses heißt: „quodsi testator nullas aedes reliquerit, magis derisorium est, quam utile legatum"). Wenn Viele dies nur bei unbeweglichen Sachen gelten lassen wollen, während es bei beweglichen auf dieses Erforderniß nicht ankommen soll, vgl. z. B. *Warnkoenig*, comm. III. §. 1167, Roßhirt a. a. O. S. 14 fgg., Mühlenbruch §. 744, Fritz in Wening's Lehrb. §. 538. a. E., so sucht man vergeblich nach innern Gründen für eine solche Unterscheidung, und eben so wenig ist ersichtlich, daß Ulpian in l. 71. cit. eine Singularität für ein legirtes Haus habe angeben wollen. Die Stellen, die man für jene Distinktion anzuführen pflegt, nämlich l. 25. §. 17. fam. herc. (10, 2), l. 13, l. 37. pr. de leg. I, l. 3. pr. de trit. vino (33, 6) sind völlig unbeweisend, denn die letztre redet von dem Legate einer Quantität, welches aus begreiflichen Gründen ganz anders behandelt wird, als das legatum generis, und die ersten setzen sämmtlich ein giltiges legatum generis voraus, ohne sich auch nur mit einem Worte auf die Voraussetzungen dieser Giltigkeit einzulassen, vgl. auch *Gebauer* l. c. c. 3. n. 3, *Hofacker*, princ. §. 1494. not. a, Wening in den von ihm selbst besorgten Ausgaben des Lehrb. §. 538. a. E., Puchta, Lehrb. §. 529. Not. b. u. f. Arndts im Rechtslex. VI. S. 333, Lehrb. §. 574. Anm., Sintenis III. §. 217. Anm. 28, Brinz S. 872 fg., Tewes II. §. 112.

Zweitens, wenn der Gattungsbegriff nicht so vag ist, daß es den darunter fallenden Individuen an aller wahren Bestimmtheit fehlt, und so ist z. B. das Vermächtniß eines Grundstücks ungiltig, während das eines Hauses allerdings zu Recht besteht, l. 69. §. 4. de jure dot. (23, 3), l. 71. pr. de legat. I. —

Ist nun ein legatum generis giltig angeordnet, so gelten dabei im Wesentlichen folgende Grundsätze:

1) Wenn der Erblasser über das Wahlrecht nichts Besonderes verordnet hat, so mußte nach früherem Rechte höchst wahrscheinlich zwischen dem legat. per vindicationem und dem legatum per damnationem (dem in dieser Rücksicht auch das Fideikommiß gleichstand) unterschieden werden. Während nämlich

bei dem letztren das Wahlrecht dem Onerirten zugestanden zu haben scheint, indem darauf nicht blos die Natur dieses Legats, sondern auch noch mehrere Pandektenstellen hinweisen, vgl. l. 32. §. 1, l. 47. §. 3, l. 109. §. 1. de legat. I, l. 43. §. 3. de legat. II, l. 29. §. 1. fin. de legat. III, hatte bei dem legat. per vindicationem unzweifelhaft der Legatar selbst das Wahlrecht, l. 108. §. 2. de legat. I, l. 2. §. 1. de opt. leg., cf. l. 20, l. 34. §. 14. de legat. I; vgl. auch *Ulp*. XXIV. 14, Savigny, Oblig. I. S. 392 fgg., Brinz S. 894 fg. Nach Justinianischem Rechte muß unbedenklich das Letztre die allgemeine Regel bilden, denn dafür sprechen nicht nur bestimmt die allgemeinen, bei Verschmelzung der verschiedenen Legatenarten von dem Gesetzgeber aufgestellten Grundsätze, sondern auch der Umstand ist hierfür entscheidend, daß die Pandektenstellen, welche bestimmt und ex professo unsre Frage behandeln, sämmtlich das Wahlrecht des Legatars anerkennen, legg. citt., so wie denn auch zum Ueberfluß noch Justinian selbst in den Institutionen sich mit klaren Worten hierfür entscheidet, §. 22. J. de legat. (2, 20):

> „Si generaliter servus vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit“.

Immer aber darf der Legatar dieses Wahlrecht nur mit der Beschränkung ausüben, daß er nicht gerade die beste Spezies auswählen darf, l. 37. pr. de leg. I:

> „Legato generaliter relicto, veluti hominis, Cajus Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur, quae sententia rescripto Imperatoris nostri et D. Severi juvatur, qui rescripserunt, homine legato actorem non posse eligi“.

Nur, wenn einmal ausnahmsweise ein legatum generis auch dann zu Recht besteht, wenn sich gar keine Sachen aus dem vermachten genus in dem Vermögen des Erblassers befinden, d. h. wenn der Testator ausdrücklich diesen Fall vorbedacht, und dem Erben aufgetragen hat, eine solche Sache anzuschaffen und dem Legatar zu verabreichen, muß man gewiß der Natur der Sache nach auch nach jetzt geltendem Rechte dem Onerirten das Wahlrecht zugestehen, vgl. *Francke*, obss. de jure legator. et fideic. sect. I. Jen. 1832. cap. 1, aber natürlich auch diesem mit der Beschränkung, daß er nicht gerade das schlechteste Individuum auswählen darf. — Mit dem legatum generis ist aber nicht der Fall zu verwechseln, wenn der Testator eine bestimmte Spezies im Sinne hatte, aber sich nur unbestimmt ausdrückte, z. B. er hat zwei fundi Corneliani, und nun legirt er Jemanden einen fundus Cornelianus, ohne daß man erkennen kann, welchen von Beiden er gemeint hat. Hier wird diejenige Sache als legirt angesehen, welche den geringsten Werth hat, l. 39. §. 6. de leg. I, d. h. die Wahl steht dem Erben zu, l. 32. §. 1, l. 37. §. 1. eod. Hiermit steht die l. 20. eod.:

> „Qui duos servos haberet, et unum ex his legasset, ut non intelligeretur, quem legasset, legatarii est electio“

nicht im Widerspruch, denn hier wird nicht ein Fall entschieden, in welchem der Erblasser gerade einen bestimmten Sklaven im Auge hatte, und sich nur undeutlich ausdrückte, sondern der Fall eines alternativen Legats, wenn nämlich der Testator sagte: „ich vermache dem Titius Einen meiner beiden Sklaven“, vgl.

Cujac. ad leg. 37. de leg. I. (opp. VII. p. 991 fin.). Wenn dagegen *Merill.*, obs. IV. 32, *Ches.*, differ. jur. cap. 36. (in jurispr. Rom. et Att tom. II. p. 730 sqq.) u. A. eine wirkliche Antinomie annehmen, und dieselbe dadurch erklären wollen, daß die erstren Stellen von einem legatum per damnationem, die l. 20. cit. aber von einem legat. per vindicationem geredet habe, — eine Ansicht, welche konsequent durchgeführt zu dem Resultate führen würde, daß die letztre Stelle jetzt die allgemeine Regel enthielte —, so ist dies schon aus allgemeinen Gründen, aber insbesondre auch darum zu mißbilligen, weil namentlich in l. 37. §. 1. cit. sehr deutlich gerade auf ein legat. per vindicationem hingewiesen wird („ipse fundus *vindicabitur*").

2) Wenn der Erblasser in Betreff des Wahlrechts besondre Bestimmungen getroffen hat, so kann dies

a) so vorkommen, daß er dem Legatar ausdrücklich das Wahlrecht eingeräumt hat, in welchem Falle das legatum *optionis* s. *electionis* Statt findet. Vor Justinian galt dies als ein bedingtes Vermächtniß, so daß der dies legati nicht vor geschehener Wahl zedirte; aber Justinian hat dies aufgehoben, §. 23. J. de legat. (2, 20). Jetzt kommt dabei wesentlich nur noch die eine Eigenthümlichkeit vor, daß der Legatar in solchem Falle selbst auch das Beßte wählen darf, l. 2. pr. h. t. Steht die Wahl mehreren Legataren zu, und sie können sich nicht vereinigen, so bestimmt das Loos den Wähler, der dann den Uebrigen den Werth des auf sie kommenden Antheils herausgiebt, l. 3. pr. C. comm. de leg. (6, 43). Verzögert der Legatar die Wahl, so kann ihm ein Termin vom Richter gesetzt werden, dessen Ablauf Verlust des Vermächtnisses herbeiführt, es müßte denn nach verstrichener Zeit sich noch Alles in integro befinden, in welchem Falle der Legatar auch noch später wählen darf, l. 6. 7. 8. pr., l. 13. §. 1, l. 17. h. t.

b) Es kann aber auch sein, daß der Erblasser dem belasteten Erben die Wahl frei gegeben hat, in welchem Falle derselbe aber doch nicht gerade das Schlechteste wählen darf, l. 37. pr., l. 110. de legat. I, so wie sich denn auch von selbst versteht, daß, wenn die vom Erben gewählte Sache dem Legatar evinzirt wird, die Klage ex testamento auf wiederholte Leistung Statt findet, „quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis", l. 29. §. 3. de leg. III, l. 58. de evict. (21, 2). Kommt der Erbe in Verzug, so geht das Wahlrecht auf den Legatar über, l. 11. §. 1. de legat. II. vgl. l. 25. §. 17. fam. herc. (10, 2).

c) Endlich kann es auch vorkommen, daß der Erblasser einem Dritten das Wahlrecht zugestanden hat, in welchem Falle dieser weder das Beßte noch das Schlechteste auswählen darf, l. 37. pr. de leg. I. Stirbt derselbe, oder wählt er innerhalb eines Jahres nicht, so geht die Wahl auf den Legatar über, der aber auch in diesem Falle nicht das Beßte auswählen darf, l. 3. §. 1. C. comm. de leg. (6, 43).

3) Mag übrigens die Wahl ausgehen, von wem sie will, so gilt die allgemeine Regel, daß sie, einmal getroffen, nicht ferner abgeändert werden kann, l. 5. pr., l. 84. §. 9. de leg. I, l. 11. §. 1, l. 10. de leg. II, l. 20. h. t. Hat jedoch der Erbe, einerlei ob arglistig oder irrthümlich, dem Wählenden nicht

alle in der Erbschaft vorhandenen Sachen des fraglichen Genus zur Disposition gestellt, oder ist die Wahl auf Sachen gefallen, die gar nicht in den Kreis der zur Wahl gestellten Gegenstände gehören, sei es, daß sie nicht im Eigenthum des Erblassers standen, oder daß sie gar nicht in das vermachte genus fallen: so kann natürlich eine zweite Wahl ungehindert vor sich gehen, l. 2. §. 2. 3, l. 4, l. 5. h. t.

4) Ist bei dem legatum generis über die Zahl der vermachten Sachen nichts bestimmt, so hat der Legatar das Recht, drei Individuen auszuwählen, l. 1. h. t. —

Viele Aehnlichkeit mit dem legatum generis hat das alternative Vermächtniß, und zwar namentlich insofern, daß auch hierbei, wenn der Erblasser nichts Besondres verfügt hat, dem Legatar das Wahlrecht zusteht, l. 34. §. 14. de leg. I, l. 23. de leg. II. Im Einzelnen gelten dabei noch folgende Grundsätze:

1) Ganz von selbst versteht es sich, daß die Giltigkeit des alternativen Vermächtnisses nicht davon abhängt, daß die disjunktiv genannten Sachen sich gerade in der Erbschaft befinden, sondern es gelten in dieser Beziehung dieselben Grundsätze, wie bei einer einzeln legirten Spezies.

2) Das Wahlrecht des Legatar ist hierbei natürlich ganz unbeschränkt, so daß er auch unbedenklich die beste unter den mehreren genannten Sachen auswählen darf. Die einmal getroffene Wahl ist aber auch hier unabänderlich, so sehr, daß dem Legatar sogar dann, wenn er blos die eine Sache für legirt hielt, und darum diese vindizirt hat, kein Rückgriff zu der andren Sache gestattet ist, was eben so auch bei dem Erben gilt, wenn der Testator diesem das Wahlrecht eingeräumt hat, l. 19. de leg. II.

3) Jedes der mehreren disjunktiv genannten Objekte ist vollkommen in obligatione, so daß, wenn das Vermächtniß des einen Objekts erlöscht, etwa durch Untergang der Sache, oder durch lukrativen Erwerb derselben von Seiten des Legatars, das Vermächtniß des andren Objekts noch immer zu Recht bestehen bleibt, l. 84. §. 11. de leg. I, und insofern sagt Ulpian von einem alternativen Vermächtniß mit größtem Rechte: *„duo esse legata“*, l. 34. §. 14. de legat. I.

4) Auf der andren Seite ist es aber auch eben so unzweifelhaft, daß der Legatar im Falle eines alternativen Vermächtnisses nicht mehrmal, sondern nur einmal honorirt ist, weßhalb Papinian in l. 25. pr. quando dies legator. cedat. (36, 2), mit nicht minderem Rechte sagt:

„Quum illud aut illud legatur, enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa, *plura legata non facit*“.

Daraus geht denn namentlich hervor:

a) Der dies legati zedirt nur einmal, so daß, wenn die eine Sache pure, die andre unter einer Bedingung hinterlassen ist, von einem dies cedens und folgeweise von Transmission des Legats erst die Rede sein kann, wenn die Bedingung sich entschieden hat. So fährt denn auch Papinian in der l. 25. pr. cit. unmittelbar nach den vorher ausgezogenen Worten so fort:

„Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum

sub conditione legaverit, nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur".
Wird die Bedingung noch bei Lebzeiten des Legatars erfüllt, so steht ihm von jetzt an die freie Wahl zu; defizirt sie aber, so fällt das Vermächtniß des einen Objekts hinweg, und es bleibt nur ein einfaches Vermächtniß in Betreff des andren Objekts übrig. Durch diese letztre Bemerkung erklärt sich denn auch von selbst die **l. 14. §. 1. quando dies legator.**, von der man schon wohl behauptet hat, daß sie im Widerspruch mit der **l. 25. pr. cit.** stehe. Hier führt nämlich Ulpian aus Julian an, daß, wenn der Erblasser sagte: ***Sejae decem, aut si pepererit, fundum heres meus dato,*** und die Seja sterbe, ehe sie geboren habe, das Legat von 10 auf die Erben derselben übergehe; was offenbar ganz konsequent ist, da ja die Bedingung ***si pepererit*** im Augenblicke des Todes jedenfalls defizirt war, und damit denn von selbst der **dies** für das unbedingte Legat von 10 zedirte. (Leicht ersichtlich stützt sich denn auch die Entscheidung des andren von Ulpian angeführten Falls auf dieselbe **ratio**. Der Erblasser hinterläßt dem Titius 10 oder den Nießbrauch von irgend einer Sache; da bei einem Vermächtniß des Nießbrauchs der **dies** erst im Augenblick der Erbschaftsantretung zedirt, so kann nach dem oben Bemerkten auch der **dies** dieses alternativen Legats nur erst im Momente der Erbschaftserwerbung zediren, und früher kann auch von Vornahme einer Wahl keine Rede sein, **l. 14. pr. quando dies leg.** Stirbt aber der Titius vor diesem Zeitpunkt, so soll er dennoch das Vermächtniß von 10 auf seine Erben transmittiren, „**quia mortuo legatario dies legati cedit**". Offenbar nämlich verliert das Legat des Nießbrauchs im Augenblicke des Todes des Legatars seinen Rechtsbestand, so daß in diesem Momente nur noch das Legat von 10 übrig bleibt, dessen **dies** natürlich auch sogleich zedirt). Vgl. überhaupt ***Cujac.*** **in libr. 18. quaest. Papin. ad l. 25. cit. opp. IV. p. 405 sqq.** Irrig ist m. E. die Darstellung von Mayer §. 32. Anm. 12. und eben so die von Unger §. 76. Anm. 1; vgl. auch gegen Letztren Arndts, Lehrb. 5. Aufl. §. 579. Anm. 4.

b) Sobald das Vermächtniß des einen Objekts wirksam geworden ist, muß sogleich von selbst das andre Objekt aus der **obligatio** herausgehen, und wenn also z. B. die Wahl vorgenommen, und hierauf das gewählte Objekt kasuell untergegangen ist, so kann der Legatar nicht mehr seinen Rückgriff auf die noch vorhandene Sache nehmen, **l. 84. §. 9. de legat. I.** Daraus, daß mit dem Wirksamwerden des Vermächtnisses an dem einen Objekte, **eo ipso** das Legat des andern Vermächtnisses erlöscht, erklärt sich auch leicht die vorher bei Nr. 2. angeführte Entscheidung der **l. 19. de leg. II.**

III. Von dem Vermächtniß einer Quantität. §. 550.

Dig. XXXIII. 6. de tritico, vino vel oleo legato. — Roßhirt II. S. 73 fgg.

1) *Ulp.* l. 3. pr. h. t.: Si cui vinum sit legatum centum

amphorarum, quum nullum vinum reliquisset, vinum heredem emturum et praestiturum, non acetum, quod vini numero fuit.

2) *Paul.* l. 4. eod.: Quum certum pondus olei non adjecta qualitate legatur, non solet quaeri, cujus generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cujus generis oleum istius regionis homines in usu habeant, et ideo liberum est heredi, cujus vellet generis oleum legatario solvere. (Für die Beschränkung dieser Stelle auf legirtes Oel, wie z. B. Mühlenbruch §. 746. No. 8. will, gibt es doch wohl keinen hinreichenden Grund).

3) *Javolen.* l. 7. pr. eod.: Quidam heredem damnaverat, dare uxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta; Trebatius ajebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adjectum esset, quantum ex quaque re daretur; Ofilius, Cascellius, Tubero omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant; Labeo id probat, idque verum est. (Ob diese Entscheidung auch dem Geiste der deutschen Sprache angemessen sei, muß bezweifelt werden; wir müssen wohl unterscheiden, ob der Erblasser die fraglichen Sachen ohne Zufügung eines Artikels [ich vermache dem Titius Wein, Oel u. s. w.], oder mit einem solchen [ich hinterlasse dem Titius den Wein, das Oel ꝛc.] hinterlassen hat, und im ersten Falle müßte wohl die Bestimmung des Quantum dem billigen Ermessen des Onerirten überlassen werden, der dabei dann insbesondere das Bedürfniß des Legatars zu berücksichtigen hätte; vgl. auch Brinz S. 898. Das von Unger §. 70. Anm. hiergegen vorgebrachte Beispiel ist schwerlich zutreffend).

IV. Von legirten Renten. §. 551.

Dig. XXXIII. 1. de annuis legatis et fideicommissis. — Roßhirt II. S. 98 fgg.

1) *Paul.* l. 4. h. t.: Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale; videri enim hanc inesse conditionem, *si vivat,* et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire. — 2) *Idem.* l. 11. eod.: Quum in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicietur. Idem in servo inspiciendum est ex persona dominorum.

3) *Ulp.* l. 10. und l. 12. quando dies leg. ced. (36, 2): Quum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plura constat, [l. 12] nec semel diem ejus cedere, sed per singulos annos [§. 1]. Sed utrum initio cujusque anni, an vero finito anno cedat, quaestionis fuit. Et Labeo, Sabinus, et Celsus, et Cassius et Julianus in omnibus, quae in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujusque anni hujus legati dies cederet. Vgl. l. 5. h. t.

V. Von legirten Alimenten. §. 552.

Dig. XXXIV. 1. de alimentis vel cibariis legatis. — Roßhirt II. S. 81 fgg.

1) *Javolen.* und *Paul.* l. 6. 7. h. t.: Legatis alimentis cibaria et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest; cetera, quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur, [l. 7] nisi aliud testatorem sensisse probetur.

2) *Valens* l. 22. pr. h. t.: Quum alimenta per fideicommissum relicta sunt, non adjecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde, quid ceteris ejusdem ordinis reliquerit; si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate ejus, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit. Cf. l. 14. §. 2. eod.

Anm. Aus nahe liegenden Gründen erfreut sich das Alimenten-Vermächtniß mehrfacher singulärer Begünstigungen. Es sind dies namentlich folgende:

1) Dasselbe kann auch einem sonst Unfähigen giltig hinterlassen werden, l. 11. h. t., l. 3. de his, quae pro non script. (34, 8); vgl. auch Savigny, Syst. II. S. 106 fgg.

2) Wenn Alimente bis zur Pubertät legirt sind, so wird darunter die s. g. pubertas plena verstanden, d. h die Alimente müssen Personen männlichen Geschlechts bis zum 18., Mädchen aber bis zum 14. Jahre prästirt werden, l. 14. §. 1. h. t.

3) Wenn ein Anderer, als der direkte Erbe mit einem Alimentenlegat onerirt ist, und diesem wird auf den Grund der lex Falcidia ein Abzug gemacht, so darf er deßungeachtet an den legirten Alimenten nichts kürzen, l. 77. §. 1. de legat. II.

4) Eine allgemein ausgedrückte Aufhebung der Vermächtnisse ist im Zweifel nicht auch auf ein Alimentenlegat zu erstrecken, l. 18. §. 3. h. t.

Vgl. Roßhirt a. a. O. S. 96 fgg.

Gewisser Maaßen zu den singulären Begünstigungen dieses Legats gehört auch der durch eine oratio von Markus entstandene, im Obligationenrecht näher zu berührende, Rechtssatz: ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta, vgl. l. 8. pr. §. 1 sqq. de transact. (2, 15).

VI. Von dem Vermächtniß einer universitas. §. 553.

Dig. XXXIII. 7. de instructo vel instrumento legato, 8. de peculio legato, 9. de penu legata, 10. de supellectili legata, XXXIV. 2. de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis. — Roßhirt II. S. 28 fgg.

Anm. In unsren Quellen — sowohl in den drei allgemeinen Büchern de legatis et fideicommissis, als auch vorzüglich in den eben angeführten besondren Titeln — kommen sehr zahlreiche Beispiele von legirten universitates vor, und wir begegnen hier nicht selten Begriffsentwicklungen römischer Juristen, die durch Feinheit und Schärfe kaum irgend einem andren Erzeugniß römischer Jurisprudenz nachstehen, und als wahre Muster juristischer Auslegung angesehen werden müssen. So dringend nun auch von diesem Gesichtspunkte aus das Studium der hier einschlägigen Theile unsrer Quellen empfohlen werden muß, so leuchtet doch von selbst ein, daß jene Ausführungen nicht leicht eine unmittelbare praktische Bedeutung für uns haben können, da sie eben nur aus dem Genius der römischen Sprache, und aus der lebendigen Anschauung des römischen Lebens hervorgegangen sind. In eine Pandekten-Vorlesung kann daher begreiflich das reiche Detail jener Lehren nicht aufgenommen werden, sondern hier können nur einige wenige, hier einschlagende Sätze von allgemeinerer Bedeutung Platz finden. Es möchten dies im Wesentlichen folgende sein:

1) Das Vermächtniß einer universitas ist nicht als ein Komplex mehrerer Vermächtnisse an den einzelnen zur universitas gehörenden Sachen, sondern nur als ein Vermächtniß aufzufassen, l. 2 de leg. II:

> „Quoties nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt; si autem supellex aut argentum aut peculium aut instrumentum legatum sit, unum legatum est",

woraus denn auch namentlich von selbst hervorgeht, daß nur das ganze Vermächtniß angenommen oder ausgeschlagen werden darf, und eine Theilung nicht Statt findet, l. 6. eod.

2) Der Umfang des Vermächtnisses bestimmt sich der Regel nach nicht nach der Zeit der Testaments-Errichtung, sondern nach dem Augenblicke des Todes, §. 18. 20. J. de legat. (2, 20), l. 21. de leg. I, l. 28. quando dies leg. (36, 2), es müßte denn aus der Ausdrucksweise des Erblassers hervorgehen, daß er gerade nur an diejenigen Sachen gedacht habe, die zur Zeit der errichteten Disposition sich in der universitas befinden, und als beweisend hierfür ist schon

anzusehen, wenn der Erblasser sagte: vestem *meam* oder argentum *meum* damnas esto dare, denn „hac demonstratione *meum* praesens, non futurum tempus ostendit", l. 7. de auro arg. (34, 2), cf. l. ult. pr. eod.

3) Sollten von der legirten universitas bei Lebzeiten des Erblassers auch so viel Sachen zu Grunde gehen, daß der Begriff einer universitas nicht mehr paßt, so bleibt dennoch das Vermächtniß bestehen, und so sagt Pomponius in l. 22. de leg. I, daß, wenn eine Heerde vermacht, und zur Zeit des Todes nur ein einziges dazu gehöriges Thier noch übrig sei, dennoch dieses von dem Legatar in Anspruch genommen werden könne, vgl. auch §. 18. J. de legat. Wenn dagegen derselbe Pomponius in l. ult. quib. mod. usufr. (7, 4) sagt:

„Quum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus",

so darf hier sicher nicht eine Antinomie angenommen, sondern es muß hier ein, auch in der Natur der Sache wohl begründeter Unterschied zwischen dem Legat der Heerde selbst, und dem Legate des Nießbrauchs der Heerde statuirt werden, ähnlich so, wie ja auch das Vermächtniß eines Hauses, und das Legat des Nießbrauchs an einem Hause ganz anders beurtheilt werden, wenn das Haus bei Lebzeiten des Erblassers abbrennt, denn während im erstren Falle der Legatar einen Anspruch auf die area behält, erlöscht im zweiten Falle das Vermächtniß; eine Parallele, auf welche auch Pomponius selbst in den Schlußworten der l. 22. cit. aufmerksam macht. Vgl. auch Roßhirt a. a. O. S. 36.

4) Wenn eine universitas nicht selbstständiger Gegenstand des Vermächtnisses ist, sondern nur als Anhang zu einer andren legirten Sache erscheint, wenn also z. B. der Erblasser ein Landgut *„cum instrumento"* oder einen Sklaven *„cum peculio"* legirt, so erlöscht mit dem Vermächtniß jener andren Sache immer auch das Vermächtniß der universitas, obwohl der Grund des Erlöschens dieselbe an sich nicht trifft, l. 1. §. 1. de instr. v. instrum. leg. (33, 7), l. 1. 2. de pec. leg. (33, 8).

VII. Von legirten jura in re aliena. §. 554.

Dig. XXXIII. 2. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis, 3. de servitute legata. — Dig. VII. 2. de usufructu accrescendo, 3. quando dies ususfructus legati cedat.

1) §. 1. J. de usufructu (2, 4): Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit, ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit, nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum; et contra si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum [cf. l. 14. C. de usufr.]; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.

2) *Modestin*. l. 19. de usu et usufr.: Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: *Titio fundum detracto usufructu lego*, vel: *Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato*. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit. Cf. l. 6. de usufr. ear. rer. quae usu consum. (7, 5). — *Francke*, obss. de jure legator. et fideic. spec. I. c. 2, welcher aber pag. 14 sqq. mit Unrecht diese gewiß konsequente und sachgemäße Entscheidung wegen der exaequatio legator. et fideicomm. und wegen l. 23. C. de legat. [s. oben S. 163 fgg.] für praktisch unanwendbar erklärt, während sich doch nur soviel sagen läßt, daß, wenn einmal in einem einzelnen Falle es zur Gewißheit erhoben werden kann, daß der Testator dem einen Legatar den ganzen Nießbrauch zugedacht habe, dieser bewiesene Wille allerdings befolgt werden muß. Vgl. Schneider, Anwachsungsr. S. 296 fgg., *Mandrea*, de usufructu quasi parte dominii. Berol. 1864. p. 37 sqq., aber auch Brinz S. 901. und Unger §. 71. Anm. 5.

3) *Paul*. l. 26. §. 1. de usu et usufr. leg.: Si fundus duobus, alii ususfructus legatus sit, non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur; idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii et alii proprietas legata est. Et inter eos tantum jus accrescendi est. Cf. l. 9. de usufr. accresc. — 4) *Julian*. l. 4. de usufr. accresc.: Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi ejusdem fundi ususfructus, habebimus ego et Maevius trientes in usufructu, unus triens proprietati miscebitur.

5) *Ulp*. l. 2. 3. quando dies legator. (36, 2): Si pure sit ususfructus legatus, vel usus, vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit; idem, et si ex die sit ususfructus legatus, [l. 3] nam quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit.

6) *Idem*. l. 1. pr. quando dies usufr. leg. cedat. (7, 3): Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo ejus, qui fruitur et utitur, tamen semel cedet dies, aliter atque si cui in menses vel in dies vel in annos singulos quid legatur,

tunc enim per dies singulos vel menses vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si ususfructus cui per dies singulos legetur, vel in annos singulos, an semel cedat, et puto non cedere simul, sed per tempora adjecta, ut plura legata sint. Et ita libro IV. Dig. Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus est.

Anm. 1. Bei dem legatum ususfructus bietet insbesondre das Anwachsungsrecht in mehrfacher Beziehung eigenthümliche Erscheinungen dar; vgl. *Lelievre*, diss. hist. jurid. inaug. de usufr. accresc. Lovan. 1827, *Heimsoeth*, de usufr. accresc. ex jure Rom. Colon. 1831, Roßhirt, Verm. I. S. 616 fgg., Schneider, Anwachsungsr. bei Legaten §. 8. S. 283 fgg., Witte in Weiske's Rechtsler. I. S. 321 fgg., Elvers, Servituten S. 727 fgg., Baron, Gesammtrechtsverhältnisse. Marb. 1864. S. 177 fgg. — Es sind hier folgende Punkte hervorzuheben:

I. Im Allgemeinen gelten auch hier die gewöhnlichen Grundsätze des Anwachsungsrechts, und so kann namentlich von Anwachsung nur dann die Rede sein, wenn die Kollegatare re oder re et verbis conjuncti sind, l. 1. pr. §. 3, l. 3. pr. h. t., Vat. fr. §. 77. 79. Daraus gehen von selbst folgende Sätze hervor, die also ganz und gar nichts Singuläres an sich tragen:

1) Wenn für Jeden der mehreren Legatare ein besondrer Onerirter angeordnet ist, so fällt alles Anwachsungsrecht hinweg, denn in solchem Falle „fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset", l. 11. 12. h. t.

2) Wenn Jemanden die nackte Proprietät legirt ist, so daß der Nießbrauch bei den mehreren eingesetzten Erben zurückbleibt, so findet unter diesen keine Anwachsung Statt, sondern, wenn der Eine von ihnen wegfällt, so kommt der auf ihn gefallene Theil des Nießbrauchs an den Proprietar; denn augenscheinlich hat hier nicht der Erblasser einem Jeden der Erben den ganzen Nießbrauch zugedacht, sondern nur einen der Größe der Erbportion entsprechenden Theil desselben, „nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum", l. 1. §. 4, l. 2, l. 3. pr. h. t., Vat. fr. §. 78. 79. Dabei wird aber sicher vorausgesetzt, daß der Erbe nach der Antretung hinweggefallen ist, indem im andren Falle unzweifelhaft mit der anwachsenden Erbportion auch der darin enthaltene Theil des Nießbrauchs an den Miterben fallen muß; vgl. Schneider a. a. O. S. 306.

3) Ist dem Einen die Sache, dem Andren der Nießbrauch der Sache hinterlassen, so sind Beide in Betreff des Nießbrauchs re conjuncti, so daß Jeder die Hälfte bekommt, und wenn der Eine wegfällt, in der Person des Andren die Anwachsung Statt findet, l. 3. §. 2. h. t. Ist die Sache conjunctim dem A. und dem B., der Nießbrauch der Sache aber dem C. hinterlassen, so muß zwar, wenn C. wegfällt, dessen Hälfte des Nießbrauchs unzweifelhaft den beiden Erstren anwachsen; fällt aber Einer dieser Beiden weg, so accreszirt blos dem Andren, nicht auch dem C., l. 26. §. 1. de usu et usufr. leg. („Et inter

eos tantum jus accrescendi est"), **Roßhirt** a. a. O. S. 622, **Schneider** S. 302 fgg.

II. Eine Eigenheit dagegen ist es, daß das Anwachsungsrecht bei dem legirten Nießbrauche nicht bloß dann eintritt, wenn der Kollegatar ante diem cedentem wegfällt, sondern auch dann, wenn derselbe das Legat bereits erworben, und erst nachher den Nießbrauch wieder verloren hat, l. 1. §. 3. h. t.:

„Sed in usufructu hoc plus est, quia et constitutus, et postea amissus nihilominus jus accrescendi admittit; omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et ut Celsus et Julianus eleganter ajunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Quo primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum, nec refert, conjunctim an separatim relinquatur". Vat. fr. §. 77.

Der Grund dieser Eigenheit wird hier darin gesetzt, daß der Nießbrauch *„quotidie constituitur et legatur"*. Damit verhält es sich so. Wenn die Proprietät einer Sache legirt ist, so hat der Legatar sogleich mit der Erwerbung den vollen Inhalt des legirten Rechts erworben, so daß ihm nichts weiter zu erwerben übrig bleibt. Ganz anders bei dem legirten Nießbrauche. Dieser besteht nämlich seinem Wesen nach in einzelnen von dem Berechtigten vorzunehmenden Handlungen — dem uti und frui —, die der Natur der Sache nach nicht auf einmal vorgenommen werden können, sondern in der Zeit auf einander folgen,

l. 1. pr. quando dies ususfr. leg. cedat.: „Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo ejus, qui utitur et fruitur" etc.

und so ist denn auch mit dem dies cedens nicht sogleich der ganze Inhalt des Rechts für den Legatar erworben, sondern mit dem jedesmaligen uti und frui findet eine weitere Erwerbung Statt,

l. 1. §. 3. cit.: „ususfructus quotidie constituitur",

l. un. §. 2. quando dies ususfr.: „tunc enim constituitur ususfructus, quum quis jam frui potest",

ohne daß jedoch dadurch je der Inhalt des Rechts erschöpft würde. Fällt nun also einer der Kollegatare hinweg, so ist ihm, obwohl er nach dem dies cedens hinweggefallen ist, dennoch ein Theil des legirten Rechts — nämlich das in der Zukunft liegende uti und frui —, noch nicht erworben gewesen, und dieser noch **nicht erworbene** Theil muß, ganz in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze des Anwachsungsrechts, den Kollegataren zufallen,

l. 1. §. 3. cit.: „Quo primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum".

Vgl. auch *Heimsoeth* cit. p. 12 sqq., Schneider a. a. O. S. 285 fgg. Daß dies der Gedanke der römischen Juristen war, kann nach den angeführten Quellenzeugnissen nicht wohl in Abrede gestellt werden; aber es läßt sich der Satz, daß auch der schon erworbene Theil des Nießbrauchs dem Kollegatar anwächst, nach der richtigen Bemerkung von Elvers S. 730 fg., auch noch einfacher dadurch begründen, daß der Nießbrauch seiner Natur nach **ein der Dauer nach beschränktes Recht** ist, und deßhalb durch den Erwerb desselben das konkurrirende Recht des Kollegatars nicht für immer aufgehoben, sondern nur für die Dauer

des Rechts suspendirt ist. Eine ganz ähnliche Erscheinung kann auch bei dem Sach-Legate vorkommen, wenn nämlich eine Sache Zweien conjunctim legirt ist, dem Einen aber mit Zufügung eines Endtermins oder einer Resolutiv-Bedingung. Auch in diesem Falle tritt m. E. ganz unzweifelhaft nach dem Eintritt des dies oder der conditio das Anwachsungsrecht ein, obwohl der Kollegatar erst nach dem dies cedens wegfällt. — Wenn jetzt Baron a. a. O. S. 178 fgg. unser Dogma aus einem angeblichen „Gesammtrechtsverhältniß der Kousufruktuare" erklären will, so wird er dabei schwerlich auf Anhänger rechnen dürfen.

III. Eine andre Eigenheit ist die, daß die Anwachsung auch demjenigen Kollegatar zu Gute kommt, welcher seinen Antheil des legirten Nießbrauchs bereits wieder verloren hat, „quia usufructus non portioni, sed homini accrescit", l. 14. §. 1. de exc. rei jud. (44. 2), l. 33. §. 1. de usufr. (7, 1), s. oben Bd. I. §. 173. Anm. S. 283 fg. bei lit. d. Hierher gehört denn auch die so sehr häufig mißverstandene l. 10. h. t.:

> „Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti accrescit; nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui item contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis; ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus".

Ueber die verschiedenen Erklärungen vgl. Glück IX. S. 287 fgg. und bes. *Witte,* diss. inaug. ad l. 10. de usufr. accresc. in dessen Abhandl. aus dem Gebiete des röm. Rechts Nr. 1; s. auch *Heimsoeth* cit. p. 22 sqq. Die unzweifelhaft richtige, auch durch die Basiliken XVI. 2. 10. unterstützte, und h. z. T. von den Meisten angenommene Auslegung ist folgende: „Dem Primus und Secundus ist ein Nießbrauch vermacht; Primus, in der Ausübung seines Rechts gehindert, erhebt deßhalb Klage, aber nicht gegen den wahren Besitzer, sondern gegen einen fictus possessor, qui liti sese obtulit. Während dieses Prozesses, aber nach der litis contestatio, verliert er seinen Nießbrauch durch Nichtgebrauch, und bald darauf verliert auch der Secundus seinen Nießbrauch. Jetzt fragt sich nun, auf was die Verurtheilung des fictus possessor gerichtet werden müsse, ob auf den Werth des ganzen Nießbrauchs, oder nur auf den Werth derjenigen Hälfte, welche der Primus durch Nichtgebrauch verloren hat? und Ulpian entscheidet sich für das Letztre, weil ja der Kläger, obwohl er seinen Antheil verloren, dennoch die andre Hälfte durch Anwachsung erworben, und also in Betreff dieser zweiten Hälfte gar keinen Verlust erlitten habe". Vgl. *Suerin,* de usufr. accresc. bei Otto IV. p. 116 sqq., Glück a. a. O., Keller, Lit. Kont. und Urth. S. 177 fgg., *Heimsoeth* cit., Roßhirt I. S. 620, Schneider a. a. O. S. 295, Witte in Weiske's Rechtslex. I. S. 324. Not. 256, Elvers S. 733. Not. — Fragt man nun aber nach dem innern Grunde des hier angedeuteten Rechtssatzes, daß der Nießbrauch „non portioni, sed homini accrescit", so liegt dieser augenscheinlich darin, weil mit dem Verluste des Nießbrauchs keineswegs auch ein Verlust des Legatenrechts verbunden ist, und mit der Fort-

dauer des letztren auch nothwendig das Anwachsungsrecht begründet bleibt. — Uebrigens darf die hier besprochene Regel niemals dahin führen, daß auch der einmal verlorne Nießbrauch durch Anwachsung wiederum erworben werden könnte, denn der Grund, weßhalb der Legatar diesen Theil des Nießbrauchs nicht hat, liegt ja nicht in der Konkurrenz des Kollegatars, sondern in dem späteren Erlöschungsgrunde, und von Anwachsung kann doch nur die Rede sein, „si partes concursu fiunt“; vgl. Vat. fr. §. 76, und hierher gehört auch die für äußerst schwierig gehaltene l. 3. §. 2. quib. mod. usufr. amitt. (7, 4):

> „Idem Papinianus quaerit, si Titio et Maevio usufructu legato, in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset, an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio accrescere; quodsi Maevius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Quae sententia habet rationem, neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere; placet enim nobis, ei, qui amittit usufructum, ex eo, quod amittit, nihil accrescere“.

Folgende Auslegung scheint mir die einzig richtige zu sein. Der Erblasser hat dem Titius und dem Mävius conjunctim einen Nießbrauch hinterlassen, und zugleich dem Titius für den Fall, daß dieser seinen Antheil verlieren sollte, eine Quote des Nießbrauchs — wir wollen die Hälfte annehmen — relegirt. Hier fragt sich nun zunächst, wieviel Titius, wenn er wirklich seinen ursprünglichen Antheil verlieren sollte, aus jener repetitio ususfructus erlangen wird? eine Frage, auf welche Papinian gar nicht eingeht, die aber gewiß vor der l. 23. C. de legat. so beantwortet werden mußte, daß Titius auf ein Drittheil des Nießbrauchs gerufen ist; denn so müßte entschieden werden, wenn gleich von Anfang an dem Mävius der ganze Nießbrauch, dem Titius aber die Hälfte desselben legirt wäre, und dasselbe muß also auch im Falle des Relegats gelten. Weiter aber fragt sich, wie es sich denn nun, wenn wirklich der casus repetitionis eingetreten ist, und hierauf einer der beiden Legatare wegfällt, mit dem Anwachsungsrecht verhalte? und diese Frage ist es, welche hier Papinian ex professo beantwortet. Fällt Titius hinweg, so ist es unzweifelhaft, daß dessen ganzer Antheil dem Mävius zuwächst, denn der Letztre ist ja auf das Ganze gerufen, und nur bisher durch den Titius beschränkt worden. Fällt aber Mävius hinweg, so wächst nicht dessen ganze Portion dem Titius zu, sondern nur ein Theil derselben, und der andre Theil vereinigt sich mit der Proprietät; was nämlich Titius früher verloren hat, und durch Anwachsung an den Mävius gekommen ist ($\frac{1}{6}$), das kann niemals dem Titius durch Anwachsung wieder zurückerworben werden, und muß also, wenn der Mävius wegfällt, nothwendig an den Proprietar kommen; die ursprüngliche Portion des Mävius aber ($\frac{1}{2}$) wächst allerdings dem Titius zu, aber nicht wegen des Relegats, sondern wegen des ursprünglichen Legats des Titius; denn obwohl er den ihm anfänglich legirten Antheil des Nießbrauchs verloren hat, so steht dies ja nach dem oben Bemerkten dem Anwachsungsrecht gar nicht im Wege, und das Recht, welches dem Titius ohne das Relegat unbezweifelt zugestanden hätte, ist ihm doch gewiß

durch die repetitio usufructus nicht entzogen. Das Resultat ist also, wenn Mävius wegfällt, so vertheilt sich der Nießbrauch so, daß Titius ⅚ davon hat (nämlich ⅓ vermöge des Relegats, und ½ durch Anwachsung), das übrigbleibende ⅙ aber sich mit der Proprietät vereinigt. Hieran schließen sich die Worte: Quae sententia habet rationem etc. so an: „die Entscheidung, daß an den Titius nicht das Ganze anwächst, sondern der Theil, den er selbst früher verloren hat, an den Proprietar fällt, ist vollkommen gegründet, denn aus demselben Grunde, aus welchem Titius gleich Anfangs, wo er seinen Nießbrauch verloren hat, durch Anwachsung nichts davon wieder erlangen kann, muß auch jetzt nach dem Wegfallen des Mävius die Möglichkeit der Anwachsung für diesen früher verlornen Theil des Nießbrauchs geleugnet werden, und man muß demnach den durchgreifenden Satz aufstellen, was der Kollegatar einmal verloren hat, davon kann ihm durch Anwachsung niemals wieder etwas zufallen, weder sogleich, noch auch nachher, wenn der Kollegatar wegfallen sollte". Was Baron a. a. O. S. 185. hiergegen einwendet, ist ganz unerheblich. Wenn er nämlich sagt, nach meiner Meinung könne eigentlich gar nicht von einem verlorenen ⅙ die Rede sein, da ja vielmehr Titius dieses Sechstheil gar nie erworben habe: so ignorirt er, daß Titius von Anfang an die volle Hälfte hatte, daß er dann diese ganze Hälfte verloren, und Statt ihrer nur ⅓ durch Relegat wieder erlangt, daß er also schließlich ⅙ definitiv wirklich verloren hat. Und wenn Baron ferner behauptet, daß es für die von mir behauptete Anwachsung der ursprünglichen Hälfte des Mävius an allem Rechtsgrunde fehle, weil ja in Betreff dieser Hälfte gar keine conjunctio vorhanden sei: so ist dies freilich wahr, wenn man blos das Relegat berücksichtigt, aber ich habe schon oben bemerkt, daß die Anwachsung nicht durch das Relegat, sondern durch das ursprüngliche Legat des Titius begründet ist; hierbei ist doch Titius unzweifelhaft collegatarius conjunctus des Mävius, und durch den nachherigen Verlust dieses seines Antheils geht ja sein Anspruch auf Anwachsung nicht verloren, weil personae non portioni accrescit. — Die bedeutendsten anderweiten Erklärungen dieses Fragments sind folgende: a) In der Glosse ad h. l. wird zunächst von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Theil, welcher dem Titius relegirt sei, nicht vom ganzen Nießbrauch, sondern von der dem Titius zuerst hinterlassenen Hälfte verstanden werden müsse, so daß, wenn ihm die Hälfte relegirt sei, er ¼ des Ganzen empfange. Falle dann nachher Mävius weg, so sei zunächst so viel gewiß, daß der Theil, welchen Titius früher verloren habe, ihm niemals wieder anwachse; was aber die ursprüngliche Hälfte des Mävius anbelange, so könne auch diese nicht ganz an den Titius fallen, sondern nur nach Verhältniß des Theils, welchen dieser durch die repetitio usufructus wieder erlangt habe, also zu einem Viertheil, und das Uebrige von dieser Hälfte müsse ebenfalls an den Proprietar fallen. — Neben dieser, von Accursius gebilligten, offenbar verkehrten Meinung wird dann aber auch als abweichende Auslegung angeführt, daß Einige die ganze Hälfte des Mävius dem Titius zuwachsen lassen wollten, und dafür gebe auch die l. 10. de usufr. accresc. ein scheinbares Argument ab, aber es passe dies darum nicht, weil in der l. 10. cit. von einer injusta, hier aber von einer justa amissio die Rede sei. Daß durch diesen Grund unsre Ansicht nicht

widerlegt wird, geht von selbst aus unsrer obigen Ausführung hervor, wonach die Entscheidung der l. 10. cit. auch nicht entfernt dadurch motivirt ist, daß der Kollegatar seinen Nießbrauch gerade injuste verloren haben müßte. — b) *Chesius*, interpret. jur. lib. II. c. 14. fin. geht davon aus, daß, wenn dem Titius die Hälfte relegirt sei, Mävius und Titius in Betreff dieser Hälfte re conjuncti seien, und also Jeder von Beiden davon die Hälfte bekäme, also im Ganzen Titius ¼ und Mävius ¾. Falle nun nachher Mävius hinweg, so wachse das ¼, was Titius bei dem Relegat durch die Konkurrenz mit Mävius verliere, dem Titius zu, während die ursprüngliche Hälfte des Mävius an den Proprietar zurückkehre. Ganz dieselbe Auslegung, aber unabhängig von Chesius, findet sich bei *Heimsoeth* cit. p. 45 sqq., nur daß er die durch das Relegat entstehende Vertheilung nicht so vornimmt, daß Titius ¼, Mävius aber ¾ erhält, sondern vielmehr so, daß Titius ⅓, Mävius aber ⅔ bekomme; falle dann nachher Mävius hinweg, so wachse dem Titius ⅙ zu, während die ursprüngliche Hälfte des Mävius sich mit der Proprietät vereinige. — Daß diese Auslegung aus dem vom Juristen angeführten Entscheidungsgrunde: neque enim potest dici etc. nicht gerechtfertigt werden kann, ja daß dieser Entscheidungsgrund in entschiedenem Widerspruche mit dem Resultate dieser Auslegung steht, kann bei unbefangener Betrachtung doch gewiß nicht in Abrede gestellt werden. (Wie Baron S. 184. Not. 2. mir vorwerfen kann, daß ich mit Unrecht Chesius als dissentirend von der Glosse anführe, da beide Interpretationen vielmehr ganz übereinstimmten, ist mir völlig unbegreiflich. Ich habe in dem Obigen beide Auslegungen ganz getreu referirt, und da kann doch kein Unbefangener verkennen, daß dieselben gerade in den wesentlichsten Punkten von einander abweichen). — c) *Suerin*, de usufr. accresc. bei Otto IV. p. 109 sqq. versteht unsre Stelle so: wenn dem Titius die Hälfte relegirt sei, so bekomme er auch wirklich die ganze Hälfte; falle aber nachher Mävius hinweg, so wachse dem Titius gar nichts zu, sondern die ganze Portion des Mävius falle an den Proprietar, während, wenn Titius wegfalle, allerdings Mävius durch Anwachsung das Ganze bekomme. Ich wundre mich, daß diese Interpretation, die meiner Ueberzeugung nach eben so sehr mit sonst geltenden Rechtsprinzipien, als mit dem Wortlaut der Stelle in Widerspruch steht, doch auch von Glück IX. S. 296 fgg. und Roßhirt I. S. 615. gebilligt ist. — d) *Westphal*, de lib. et servit. praed. §. 862. not. 760. kommt bei Auslegung der Stelle vollständig zu unsren oben gefundenen Resultaten, indem auch er annimmt, daß Titius das, was er selbst einmal verloren, niemals durch Anwachsung wieder erwerben könne, daß aber allerdings die ursprüngliche Portion des Mävius dem Titius anwachse; aber darin irrt Westphal, daß er diese letztre Anwachsung aus dem Relegate ableitet, und darum glaubt, daß sich dieselbe eigentlich zivilistisch nicht rechtfertigen lasse, und nur ganz singulärer Weise zugelassen sei. Erkennt man mit uns an, daß der Grund dieser Anwachsung in dem ursprünglichen Legate des Titius liege, so verschwindet jede angebliche Singularität von selbst. — e) Der neueste Interpret unsrer Stelle, Baron a. a. O., geht davon aus, daß hier Papinian nicht, wie man allgemein annehme, erörtre, welche Folgen der nach eingetretenem Relegatsfall erfolgende Wegfall des Titius oder Mävius hervorbringe, sondern daß er vielmehr die

Rechtsverhältnisse bei eintretendem Relegatsfall behandele. Unter dieser Voraussetzung hält er eine Textveränderung für geboten; er kehrt die Namen Titius und Maevius um, und will demnach lesen: „si quidem *Maevius* amiserit, totum socio accrescere; quodsi *Titius* amisisset“ rel. Der Sinn sei demnach folgender: „falle Mävius weg, so trete für Titius die gewöhnliche Accrescenz ein; falle nun hierauf Titius hinweg, so trete der Fall des Relegats ein, d. h. Titius bekomme die relegirte Hälfte, und das Uebrige kehre zum Proprietar zurück“. Sehen wir auch ganz von der unleugbaren Willkür bei der Versetzung der Namen ab, so ist schon die ganze Voraussetzung Baron's schlechthin unzulässig, denn die Frage Papinians: „an viderentur conjuncti?“ verlangt nothwendig eine Erörtrung der Rechtsverhältnisse nach eingetretenem Relegatsfall. Außerdem ist es schon aus sprachlichen Gründen unhaltbar, den von Papinian entschiedenen Fall mit Baron so aufzufassen, daß beide Legatare hintereinander, zuerst der Mävius und hierauf auch der Titius den Nießbrauch verlieren, sondern offenbar will der Jurist zwei verschiedene mögliche Fälle erörtern, einmal, wie es sich verhalte, wenn der Relegatar Titius wegfalle, und zweitens, wie zu entscheiden sei, wenn nicht Titius, sondern sein Kollegatar Mävius den Nießbrauch verliere. Daß endlich auch das: non totum accrescere nicht den von Baron angenommenen Sinn (Negation alles und jeden Nießbrauchs) haben kann, wird im Grunde von Baron selbst gefühlt, aber doch läßt er sich dadurch nicht von einer Interpretation abschrecken, der es nach meinem Dafürhalten an jedem gesunden Elemente fehlt.

Anm. 2. Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, daß bei dem Vermächtniß eines Usus von Anwachsung keine Rede sein könne. Diese Meinung ist auch vollkommen begründet, wenn das zum Usus hinterlassene Objekt so beschaffen ist, daß der Gebrauch desselben vollständig das Bedürfniß der mehreren Legatare zusammen befriedigt; denn da in solchem Falle Keiner der mehreren Legatare durch die Konkurrenz mit dem Andren beschränkt wird, sondern Jeder ganz so viel bekommt, wie er auch ohne dies Zusammentreffen bekommen haben würde, so fehlt es an den Voraussetzungen des Anwachsungsrechts, s. auch arg. leg. 3. de alim. vel cibar. leg., l. 57. §. 1. de usufr. et quemadm. Wenn aber die Sache nicht so bedeutend ist, daß sie das Bedürfniß der mehreren Kollegatare gleichmäßig befriedigt, wenn also ein Jeder derselben wegen des Zusammentreffens mit den Andren sich eine Beschränkung seines Rechts gefallen lassen muß, so ist nicht wohl einzusehen, weßhalb nicht bei dem Wegfallen des Einen das Anwachsungsrecht für den Andren begründet sein solle. Wenn man sich für das Gegentheil auf die Untheilbarkeit des usus zu berufen pflegt, vgl. l. 19. de usu et habit.: „Usus pars legari non potest, nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus“, so greift diese hier nicht ein; denn da ungeachtet der Untheilbarkeit doch mehreren zusammen ein usus legirt werden kann, l. 14. §. 2, l. 22. pr. de usu et habit., l. 10. §. 1. comm. divid. — was zivilistisch dadurch möglich wird, daß man nicht den usus selbst als unter die Mehreren sich vertheilend ansieht, sondern vielmehr einem Jeden einen ganzen usus an einem ideellen Theile der Sache zuweist —, so kann auch begreiflich jene Untheilbarkeit dem Anwachsungsrechte nicht entgegenstehen. Vgl.

auch Griesinger, theoret. Beweis, daß d. A. R. bei der Personaldienstbarkeit des usus Statt finden könne. Stuttg. 1794. Soweit hier überhaupt Anwachsungsrecht Platz greift müssen aber auch natürlich dieselben Eigenheiten dabei vorkommen, welche in der vorhergehenden Anm. für die Anwachsung des Nießbrauchs angedeutet worden sind. Die Einwendungen, welche Baron a. a. O. S. 194 fgg. hiergegen erhebt, sind m. E. nicht zutreffend.

VIII. Von den auf Forderungsrechte sich beziehenden Vermächtnissen. §. 555.

Dig. XXXIII. 4. de dote praelegata, XXXIV. 3. de liberatione legata. — *Haubold*, de legato nominis. Lips. 1793. (in opusc. edid. *Wenck* I. p. 497 sqq.), Roßhirt II. S. 220 fgg., Arndts im Rechtslex. VI. S. 336 fgg., *Martens*, de legato debiti. Hal. 1852.

Anm. Bei der interessanten Frage, ob ein auf ein Schuldverhältniß sich beziehendes Vermächtniß rechtsbeständig sei, obwohl ein Schuldverhältniß in der Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist, kommt es wesentlich auf die Auslegung von zwei vielbesprochenen Fragmenten an, nämlich von l. 75. §. 1. 2. de legat. I, und von l. 25. de liberat. leg. Meine Ansicht ist folgende:

1) Was die l. 75. cit. anbelangt, so werden zunächst in §. 1. mit völlig klaren Worten die beiden Sätze aufgestellt: ein legatum *nominis* non existentis ist, im Falle keine Summe zugefügt ist, ungiltig, und eben so ein legatum *debiti* non existentis, während das letztre dann allerdings rechtsbeständig bleibt, wenn der Testator eine bestimmte Summe angegeben hat, weil „falsa demonstratio non perimit legatum“. Hieran schließt sich dann der §. 2. folgender Maaßen an:

> „Quodsi addiderit *decem*, *quae mihi Titius debet, lego,* sine dubio nihil erit in legato, nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest; proinde et si Titio decem, quae mihi Sejus debet, legavero, nullum erit legatum, esse enim debitor debet; nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum et si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus duntaxat praestare cogeretur“.

Die gewöhnliche, besonders von A. Faber, conj. V. 2. vertheidigte Meinung geht dahin, daß der ganze §. 2. blos von dem legatum *nominis* rede, und da in zwei Beispielen der Satz entwickelt werde, daß dieses Legat dann, wenn kein nomen vorhanden sei, immer ohne Rechtsbestand sei, selbst wenn der Erblasser eine bestimmte Summe zugefügt habe. Es ist aber doch offenbar unglaublich, daß Ulpian unmittelbar hinter einander ganz dasselbe zweimal gesagt haben soll, und das zweitemal noch überdies mit dem Anschein, als wenn seine Rede zu etwas Neuem fortschritte („*proinde et*“ rel.), und wenn A. Faber dies dennoch

ganz glaublich findet, weil er gefunden haben will „Ulpiano Asiaticum illud scribendi genus placuisse potius, quam Laconicum et Papinianeum"; so ist nur zu verwundern, daß ein solch' unwürdiger Gemeinplatz so bis zum Ekel oft hat wiederholt werden mögen. Augenscheinlich hat vielmehr Ulpian in den Worten: decem, quae mihi Titius debet, lego, einen Fall der *liberatio* legata vor Augen, und erst in den folgenden Worten: si Titio decem, quae mihi Sejus debet, legavero kommt er auf das legatum *nominis* zurück, so daß also in diesem §. 2. die beiden Sätze enthalten sind: eine *liberatio* legata ist stets ungiltig, wenn gar kein Schuldverhältniß vorhanden ist, sollte auch der Erblasser eine bestimmte Summe zugefügt haben, und eben so verhält es sich mit dem legatum *nominis*.

2) Die l. 25. de liber. leg., soweit sie hier wichtig wird, lautet so:

Paul. „Legavi Titio, quod mihi debetur, vel adjecta certa quantitate sive specie, vel non adjecta, aut ex contrario, aeque cum distinctione, veluti: *Titio, quod ei debeo,* vel ita: *Titio centum, quae ei debeo;* quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit, et plenius rogo, quae ad haec spectant, adtingas, quotidiana enim sunt. Respondi, si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum jusserit, ut eum liberaret, an prohibeat eum exigere; utroque enim modo liberandus est debitor, et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quodsi etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est; quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti, quod comprehensum est, posse. Sed poterit hoc dici, si ita legavit: *centum aureos, quos mihi debet,* vel: *Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere?* Quodsi sic dixit: *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare,* etiam illud tentari poterit, ut petere possit, quasi falsa demonstratione adjecta; quod mihi nequaquam placet, quum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem" etc.

Es war also an Paulus die Frage gestellt, ob bei der liberatio legata und dem legatum debiti stets das Dasein eines Schuldverhältnisses erfordert werde, und ob etwa dabei das Zufügen einer Summe einen Unterschied begründe? Paulus wendet sich zunächst zu dem legatum liberationis, und stellt hier an die Spitze der ganzen Untersuchung den Satz auf, es sei dabei einerlei, ob der Testator seinem Erben befohlen habe, den Schuldner zu befreien, oder ob er ihm verboten habe, denselben auszuklagen, es sei also kein Unterschied zwischen positiver und negativer Fassung. Die folgenden Worte von *quodsi nihil debeat* an, sind dann so aufzufassen: „Ist kein Schuldverhältniß vorhanden, und hat doch der Erblasser eine Summe oder Spezies genannt, so könne man möglicher Weise sagen: eine demonstratio falsa schadet nicht, und der Legatar kann daher die fragliche Summe fordern. Aber kann man dies auch bei folgendem Legate sagen: mein Erbe soll schuldig sein, die 100 aurei, die mir Titius schuldet, nicht zu fordern? Eher kann man noch versuchen, bei folgendem Legate: heres meus

centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare, den Satz von der falsa demonstratio zu retten, und daher das Vermächtniß giltig sein zu lassen; aber auch hier geht dies gewiß nicht an, denn der Ausdruck *dare* soll doch gewiß nach der Absicht des Erblassers nichts, als eine Lösung des Schuldverhältnisses bezeichnen („cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit"). Hierauf geht Paulus zu dem zweiten Theile der ihm vorgelegten Frage, zu dem legatum debiti, über, und stellt da mit ganz klaren Worten den Satz auf, daß, wenn keine Quantität genannt sei, das legatum debiti im Falle der Nichtschuld allerdings ungiltig sei, daß es aber Rechtsbestand habe, wenn eine Summe hinzugefügt sei. — Diese, meines Wissens zuerst von *Ph. L. a Westrenen* (praes. Ev. Otto), de liberat. ab indebito legata. Traj. ad Rh. 1735. c. 2. (in *Oelr.* thes. nov. vol. III. tom. 2. p. 340 sqq.) aufgestellte, in unsren Tagen aber unabhängig davon besonders von *Arndts*, ad l. 25. de lib. leg. Berol. 1825. p. 25 sqq. und Wächter in Tüb. krit. Ztschr. II. S. 186 fgg. vertheidigte Auslegung schließt sich vollständig den handschriftlichen Lesarten unsrer Stelle an, nur daß hinter dem Satze: Sed poterit hoc dici etc. nicht mit unsren Ausgaben ein Punktum, sondern ein Fragezeichen angenommen wird. Daß dieselbe aber völlig ungezwungen und der Paulinischen Sprachweise angemessen ist, kann nicht verkannt werden, und sie beseitigt auch jeden Schein des Widerspruchs zwischen Ulpian und Paulus, indem danach Beide vollständig in dem Resultat zusammen stimmen, daß die liberatio legata ganz so wie das legat. nominis stets ungiltig ist, wenn gar kein Schuldverhältniß vorhanden ist, einerlei ob der Testator eine bestimmte Summe angegeben hat, oder nicht, daß dagegen allerdings die Rechtsbeständigkeit des legatum debiti im Falle einer bestimmt angegebenen Summe behauptet werden muß.

Ueber die vielfachen andren Meinungen vgl. die Nachweisungen bei *Heunisch* (praes. *Rechenberg*), Irenicum Pauli et Ulpiani l. 25. de lib. leg. et l. 75. de leg. I. Lips. 1727. §. 11. und 12. (an welcher letztren Stelle der Verf. dieser im Uebrigen fleißig geschriebenen Dissert. seine eigne Meinung dahin ausspricht, daß die liberatio legata stets giltig sei, sofern nur der Erblasser eine bestimmte Summe zugefügt habe, denn das sei der deutliche Ausspruch des Paulus in l. 25. cit., in welcher Stelle man nur den Passus: Quodsi sic dixit etc. nicht auch von einer liberatio legata, sondern von einem legatum *nominis* verstehen müsse!), bei *Westrenen* l. c. cap. 1. (bei Oelr. p. 334 sqq.), und bei *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 25. cit. (tom. V. p. 451), wozu auch noch aus unsren Tagen die abweichenden Auslegungen von Thibaut in Braun's Erörtr. S. 696 fgg. und Roßhirt, Verm. II. S. 294 fgg. hinzugekommen sind. In den Abhandlungen von *Beyer*, de leg. liberat. ab indebito. Viteb. 1709. (auch in Ejusd. Disput. tom. II. nr. 69), und von *Pundsack*, de leg. liber. ab indeb. Gött. 1753. ist, soviel ich aus Nachweisungen Dritter erkennen kann, dem Resultate nach die richtige Meinung vertheidigt, ob aber auch aus richtigen Gründen, vermag ich nicht anzugeben, da mir jene Abhandlungen nicht zur Hand sind. Vgl. auch noch Brinz, Lehrb. S. 903 fg.

Abschnitt III.

Von dem Universal-Vermächtniß.

Inst. II. 23. de fideicommissariis hereditatibus, Dig. XXXVI. 1. ad Senatusconsultum Trebellianum, Cod. VI. 49. ad SC. Trebell. — Westphal, Verm. Kap. 18. (Bd. II. S. 1054 fgg.), Roßhirt, Verm. I. S. 120 fgg., Heimbach im Rechtslex. IV. S. 286 fgg.

I. Geschichtliche Einleitung. §. 556.

Gai. II. 247 sqq., Ulp. XXV. 14 sqq., Inst. l. c. — Mayer, Legate §. 10 fgg., Lassalle, röm. Erbr. S. 120 fgg.

1) Ulp. l. 1. §. 1. 2. h. t.: Factum est Senatusconsultum temporibus Neronis, VIII. Cal. Sept. Annaeo Seneca et Trebellio Maximo Css., cujus verba haec sunt: *Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferetur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam, placet et actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos, neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.*

2) §. 7. J. h. t.: Sed quia stipulationes ex SCto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet: ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque SCti, placuit, exploso SCto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano SCto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus, ut tunc quando vel nihil, vel minus

quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano SCto, pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id, quod praecipuum Pegasiani SCti fuerat, ut, quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones; et hoc transponimus ad SCtum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

Anm. Wie eine einzelne Sache, so konnte auch eine Erbschaftsquote entweder in der Gestalt eines Legatum (**partitio legata**) oder eines Fideikommissum (**fideicommissum hereditatis**) vermacht werden, und dabei trat denn, außer den gewöhnlichen, auch bei Singularvermächtnissen vorkommenden Unterschieden zwischen Legat und Fideikommiß, noch der eigenthümliche Unterschied ein, daß bei der partitio legata der Legatar stets nur Singularsuccessor war, während bei dem fideicommissum hereditatis seit dem SC. Trebellianum eine Universalsuccession Platz griff, und der Fideikommissar heredis loco war, Gai. II. 254, Ulp. XXIV. 25, XXV. 14. 15, §. 5. J. de fideicomm. hered. Ob diese Verschiedenheit auch noch nach der Justinianischen **exaequatio legatorum et fideicommissorum** fortdaure, ist selbst unter den neuesten Juristen bestritten; denn während die herrschende Lehre, die noch besonders von v. Löhr in sein. Magaz. IV. S. 94 fgg., Marezoll in Gießer Zeitschr. IX. S. 268 fgg. und Mayer §. 12. 13. vertheidigt wird, dies verneint, und allgemein die Grundsätze des fideicommissum hereditatis in Anwendung bringt, behaupten Andre, daß jene Justinianische Neuerung sich nur auf Singular-Vermächtnisse beziehe, und also die partitio legata auch noch im neuesten Rechte fortbestehe, vgl. bes. Roßhirt I. S. 133 fgg., s. auch Hasse im Rhein. Mus. III. S. 14. Not., Mühlenbruch, Lehrb. III. §. 745. Nach meiner Ueberzeugung ist die letztre Ansicht weder mit den Worten, noch mit dem Geiste der l. 2. C. comm. de leg. et fideic. vereinbar, indem hier der Kaiser ganz allgemein allen und jeden Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen aufhebt, und ich muß es für reine Willkür halten, dies auf Singular-Vermächtnisse beschränken zu wollen. Man bedenke auch nur dies! Wollte man wirklich gegen die allgemeinen Worte des Kaisers annehmen, die l. 2. cit. bezöge sich gar nicht auf Universalvermächtnisse, so müßte nothwendig nicht blos der eine Unterschied, an den unsre Gegner allein zu denken pflegen, daß nämlich bei der partitio legata eine Singularsuccession, bei dem fideicommissum hereditatis aber Universalsuccession eintritt,

zwischen diesen beiden Vermächtnißarten fortdauern, sondern auch noch alle übrigen Verschiedenheiten zwischen Legaten und Fideikommissen müßten hierbei noch praktische Anwendung finden. Die Alternative ist unvermeidlich; entweder bezieht sich jene exaequatio auch auf Universalvermächtnisse, und dann muß zusammen mit den andren Unterschieden zwischen Legaten und Fideikommissen auch der eine in Betreff der Universalsuccession als aufgehoben angesehen werden, oder die l. 2. cit. hat ausschließlich die Singularvermächtnisse im Auge, und dann muß in allen Beziehungen, nicht blos in Betreff jenes einen Punkts das Vorjustinianische Recht hierbei eintreten. Dem Unbefangenen kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß allein das erste Glied dieser Alternative dem Gedanken entspricht, welcher offensichtlich der Reform Justinian's zu Grunde liegt, und verlangt man noch ein spezielles äußeres Zeugniß für diese Ansicht, so kann ein solches in §. 5. J. h. t. gefunden werden, wo von der partitio legata durchweg im Präteritum gesprochen wird. Daß doch noch in die Pandekten mehrfache Stellen aufgenommen wurden, welche von der partitio legata reden, vgl. z. B. l. 39. pr. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 23, l. 26. §. 2, l. 27, l. 104. §. 7. de leg. I, l. 8. §. 5, l. 9. de leg. II, l. 32. §. 8. de usu et usufr. per legat. datis (33, 2), l. 22. §. 5. ad SC. Trebell. (36, 1), kann demjenigen nicht auffällig sein, welcher weiß, wie Justinian gerade in der Lehre von Vermächtnissen bei Aufnahme von Pandektenstellen zu Werke gegangen ist, und überdies ist auch jenen Fragmenten, welche die partitio legata erwähnen, nicht alles praktische Interesse abzusprechen. Es versteht sich nämlich von selbst, daß auch noch nach neuestem Rechte der Erblasser es in seiner Macht hat, ein Vermächtniß der letztren Art zu errichten, und wenn wir also eine Verschmelzung der partitio legata und des fideicommissum hereditatis durch Justinian behauptet haben, so sollte dies nur den Sinn haben, daß nicht mehr der Gebrauch befehlender oder bittweiser Worte einen Unterschied begründen könne, während es allerdings geschehen kann, daß nach einer bestimmt ausgesprochenen Erklärung des Erblassers auch noch h. z. T. eine Quote der Erbschaft so hinterlassen wird, daß dabei ganz die Grundsätze der partitio legata eintreten, vgl. auch Marezoll a. a. O. S. 273 fgg., Arndts im Rechtslex. VI. S. 322 fgg., Sintenis III. §. 219. Not. 1.

III. Dogmatische Darstellung.

1) Von Errichtung eines Universal-Vermächtnisses. §. 557.

2) Von Erwerbung eines Univ.-Verm. §. 558.

Anm. 1. Es liegt im Wesen eines Universal-Vermächtnisses, daß dasselbe nur unter der Voraussetzung Rechtsbestand haben kann, wenn der Fiduziar auch wirklich die Erbschaft antritt. Um aber doch die Giltigkeit eines solchen Fideikommisses nicht gänzlich von dem Belieben des Fiduziar abhängig zu machen, wurde durch das SC. Pegasianum der eigenthümliche Rechtssatz eingeführt, daß

der Fideikommissar den Fiduziar zum Erbschaftsantritt zwingen dürfe, Gai. II. 258, Ulp. XXV. 16, §. 6. J. h. t., was denn auch von Justinian noch besonders bestätigt wird, §. 7. J. h. t. Im Einzelnen gelten aber hierbei folgende Grundsätze:

I. Was die Voraussetzungen für dieses Zwangsrecht des Fideikommissar anbelangt, so kann davon

1) durchaus nur bei eigentlichem Universal-Vermächtniß die Rede sein, l. 14. §. 6—8, l. 15, l. 16. pr. §. 1—6. h. t. Als solches wird aber namentlich auch angesehen, wenn der Erblasser, welchem selbst eine Erbschaft zugefallen war, seinem Erben die Restitution dieser Erbschaft aufgelegt hat, l. 16. §. 5. h. t.:

„Sed et si quis non hereditatis suae partem dimidiam rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Sejae, quae ad eum pervenerat, vel totam vel partem ejus, heresque institutus suspectam dicat, quum placeat illud, quod Papinianus ait, ex Trebelliano transire actiones, dici poterit, si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum adire et restituere hereditatem, totamque hereditatem ad eum, cui restituitur, pertinere“,

und dem widerspricht auch nicht der folgende §. 6:

„Et quamvis placeat, quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait“,

denn offenbar wird hier nicht die da berührte Meinung gebilligt, sondern sie wird nur als eine mögliche aufgeführt („Und sollte man auch der Meinung beitreten wollen“ u. s. w.); über die sehr aus einander gehenden Meinungen Andrer vgl. bes. *Heise*, de aliena hered. restit. Gött. 1816. §. 37 sqq. (p. 49 sqq.), u. s. auch Hasse im Rhein. Mus. III. S. 532 fgg. Von diesem Falle ist aber scharf der andre zu unterscheiden, wenn dem Erben aufgelegt ist, eine ihm selbst zugefallene Erbschaft an einen Dritten zu restituiren, denn hier gehen weder die Klagen ex SCto Trebelliano über, noch auch kann der Erbe zur Erbschaftsantretung gezwungen werden, l. 27. §. 9. 10. h. t., *Heise* cit. §. 43 sqq. (p. 59 sqq.).

2) Der Zwang geht aus von dem Universal-Fideikommissar, einerlei, ob ihm der Fiduziar seinen ganzen Erbtheil oder nur eine Quote desselben restituiren soll, l. 1. §. 9, l. 16. §. 8. 9, l. 28. h. t., und zwar steht ihm dieses Recht auch dann zu, obwohl er in andrer Weise, etwa als Substitut oder als Intestaterbe sich zu der Erbschaft hinziehen könnte, l. 6. §. 5. h. t. Wenn das Fideikommiß unter einer Bedingung hinterlassen ist, so muß unterschieden werden, ob der Fiduziar heres ex asse ist, oder ob er Miterben neben sich hat. Im letztren Falle kann vor Eintritt der Bedingung von dem Zwang zur Erbschaftsantretung keine Rede sein, l. 12. h. t., wohl aber im erstren, und dem Fiduziar kann daraus kein Nachtheil erwachsen, indem nach einem Reskript von Antoninus Pius der Erbe dann, wenn die Bedingung des Fideikommisses defizirt, gegen den Antritt in integrum restituirt wird, l. 11. §. 2, l. 13. pr., l. 31. h. t., l. 1. §. 6. de separat. (42, 6). Auch wenn zwischen dem Fiduziar und dem Fideikommissar

über die Rechtsbeständigkeit des Fideikommisses (de viribus fideicommissi) gestritten wird, und dieser Streit ist irgend weit aussehend, so kann der Erbe inzwischen zum Antritt genöthigt werden, l. 13. §. 3. h. t., und eben so wird auch der Zwang zu einstweiligem Antritt nicht dadurch aufgeschoben, daß der Fiduziar die Rechtsbeständigkeit des Testaments in Zweifel zieht, l. 13. §. 2. h. t. — Soll der Fideikommissar die Erbschaft weiter restituiren, und er weigert sich, den Fiduziar zum Antritt zu zwingen, so wird die Befugniß dazu unmittelbar dem After-Fideikommissar eingeräumt, l. 55. §. 2. fin. h. t.

3) Gezwungen wird der mit dem Fideikommiß belastete Erbe, sofern er erklärt, daß ihm die Annahme der Erbschaft nicht convenire, l. 9. §. 2. h. t., und es ist dabei ganz gleichgültig, ob er aus gutem Grunde (z. B. Insolvenz der Erbschaft) sich der Annahme der Erbschaft nicht unterziehen will, oder ohne dies, l. 4. h. t. Daß jedoch bei demjenigen, welcher gar nicht Erbe werden darf (z. B. weil es ihm an der test. factio fehlt, oder weil das Testament nichtig ist, u. dgl. m.), der Zwang keine Wirkung äußern kann, versteht sich ganz von selbst, und die l. 13. §. 3. h. t. steht nicht entgegen, da hier offenbar nur von einer provisorischen Maaßregel die Rede ist, deren gleichbaldige Anwendung nicht durch solche verzögerliche Ausreden des Fiduziars aufgeschoben werden soll, weil durch solchen Aufschub leicht das Interesse des Fideikommissars gefährdet werden könnte. Die bloße Inkapazität des Fiduziars hebt dagegen aus begreiflichen Gründen die Wirksamkeit des angewendeten Zwangs nicht auf, l. 16. §. 15. h. t., und auch das steht natürlich der Anwendung dieses Zwangs nicht entgegen, daß der Fiduziar die für Agnition der bonorum possessio gesetzten Fristen hat vorübergehen lassen, indem hierin ja eben nur eine thatsächliche Erklärung des Nichtwollens liegt, l. 63. §. 14. h. t. Hat sich der Erbe Deliberationsfrist erbeten, so kann er doch auch während des Laufs derselben zum Antritt gezwungen werden, jedoch nur in der Art, daß er bis zum vollen Ablauf derselben noch immer zu den Vortheilen des freiwilligen Erbschaftsantritts rekurriren darf, l. 71. h. t. Wenn der Fiduziar unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt ist, so ist es Regel, daß von einem Zwang zum Erbschaftsantritt nur erst nach erfüllter Bedingung die Rede sein kann, es müßte denn sein, daß dieselbe für nicht zugefügt angesehen würde, l. 63. §. 9. h. t. (s. oben S. 104 fgg.). Ist jedoch die Bedingung eine rein potestative, deren Erfüllung auch keinerlei Opfer erheischt, so kann der Erbe zur Erfüllung derselben gezwungen werden, l. 31. §. 2, l. 63. §. 7. h. t., und sofern sie so beschaffen ist, daß ihrem Wesen nach Stellvertretung dabei zulässig ist — was bei den meisten conditiones, quae in dando consistunt, und bei manchen conditiones in faciendo der Fall sein wird —, so kann die Erfüllung von dem Fideikommissar geschehen, und dadurch die Möglichkeit der Antretung herbeigeführt werden, l. 7. 31. §. 2, l. 63. §. 8. h. t. Daß aber, wie Viele lehren, die Begünstigung des Fideikommissars so weit gehe, daß schwer zu erfüllende Potestativbedingungen ganz erlassen, und so ohne Weiteres Erbschaftsantritt und Restitution der Erbschaft an den Fideikommissar möglich würden, ist meiner Ueberzeugung nach ungegründet, und man muß wohl gewiß in l. 63. §. 7. h. t. nach dem Vorschlag von *Cannegieter*, ad Coll. leg. Rom. et Mos. II. 4. Statt: „sed et remitti eam ab initio visum est" lesen:

„sed *nec* remitti" etc.; denn wie mit der gewöhnlichen Lesart die gleich folgenden Worte: „plus enim tribui a Praetore ei, qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est" paßlich vereinigt werden könnten, vermag ich nicht einzusehen; über verschiedene andre Meinungen vgl. Westphal I. S. 1245 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. (tom. V. p. 612). Nur bei der Bedingung, einen bestimmten Namen anzunehmen, kommt die auf speziellen Billigkeitsgründen beruhende Singularität vor, daß, wenn der Erbe sich dessen weigert, diese Bedingung auf Andringen des Fideikommissars allerdings erlassen wird, l. 63. §. 10. h. t. — Wenn der vom Vater eingesetzte Erbe zugleich dem exheredirten unmündigen Kinde pupillariter substituirt, und ihm aufgetragen ist, die Pupillarerbschaft einem Dritten zu restituiren, so läßt sich, da die Rechtsbeständigkeit der secundae tabulae von dem Bestehen der primae tabulae abhängig ist, der vom Fideikommissar anzuwendende Zwang nur so denken, daß der Erbe zum Antritt der väterlichen Erbschaft gezwungen wird, was jedoch immer erst nach dem Tode des Pupillen möglich ist, „quia non probe de hereditate viventis pueri aget", l. 27. §. 4. h. t.; sind jedoch mehrere Erben vom Vater eingesetzt und pupillariter substituirt, so braucht nur Einer derselben zur Annahme der väterlichen Erbschaft gezwungen zu werden, „hoc enim facto etiam is, qui patris hereditatem non adit, filii hereditatem adire et restituere cogetur", l. 27. §. 5. h. t., cf. l. 11. §. 1. eod. (in welcher letztren Stelle man gewiß Statt: „*cum* filio ejus impubere" lesen muß: „*exheredato* filio ejus impubere", s. oben §. 454. Anm. bei I. 2. b.).

II. Was die Wirkungen der erzwungenen Antretung anbelangt, so ist

1) im Allgemeinen soviel ausgemacht, daß der Gezwungene wirklich Erbe wird, nicht anders, wie wenn er freiwillig angetreten hätte, l. 14. §. 3. h. t. Namentlich wird also dadurch die Destituirung des Testaments abgewendet, so daß die in demselben angeordneten Vermächtnisse, Freilassungen, Pupillarsubstitutionen und Vormundschaftsernennungen giltig bestehen bleiben, l. 11. §. 1, l. 14. §. 3. h. t. Eben so wird der Eintritt des Vulgarsubstituten dadurch ausgeschlossen, l. 63. §. 13. h. t.; die einem Miterben gesetzte Bedingung: *si coheres adiisset* ist als erfüllt anzusehen, l. 66. pr. h. t., und wenn dem Gezwungenen selbst ein Legat unter der Bedingung, wenn er nicht Erbe werden würde, hinterlassen ist, so gilt diese Bedingung als defizirt, „adiit enim", und der Miterbe braucht das Vermächtniß nicht zu prästiren, l. 11. pr., l. 27. §. 15. h. t.

2) Jene Regel leidet aber die wichtige Modifikation, daß der gezwungene Erbe materiell der Erbschaft ganz fremd bleibt, und alle Vortheile und Nachtheile der Erbschaft, die ihn im Falle freiwilligen Antritts getroffen haben würden, auf den zwingenden Fideikommissar übergehen, §. 7. fin. J. h. t., l. 4, l. 27. §. 2, l. 55. §. 3, l. 59. pr. h. t. So kann z. B., um nur Einiges hervorzuheben, der Erbe keine Falzidische Quart abziehen, sondern dieses Recht geht auf den Fideikommissar über, l. 63. §. 11. h. t., und immer muß er dem zwingenden Fideikommissar seinen ganzen Erbtheil herausgeben, sollte ihm auch nur die Restitution einer Quote aufgelegt sein, l. 16. §. 9. h. t. („hoc jure utimur, ut totum transeat ad eum, qui coegit"). Namentlich wird von diesem letztren Satze auch dann Anwendung gemacht, wenn mehrere Fideikommissare vorhanden

sind, die aber nicht sämmtlich den Erbschaftsantritt erzwungen haben; denn hier muß der Erbe dem Zwingenden die ganze Erbschaft herausgeben, und die übrigen Fideikommissare nehmen dann ihren Regreß gegen den Zwingenden, der ihnen auch in solchem Falle keine Quart abziehen darf, l. 1. §. 9, l. 16. §. 8. 9, l. 28. pr. §. 1. 2. h. t.

3) Einige Vortheile bleiben jedoch dem Erben selbst auch im Falle erzwungener Antretung. Was nämlich

a) dem Fiduziar conditionis implendae causa gegeben wird, braucht er nicht an den Fideikommissar zu restituiren, l. 44. §. 4. 5. de condit. et demonstr. (35, 1): „— — *benignius est*, et in hoc casu nihil ei auferri".

b) Eben so braucht auch der Erbe die Früchte nicht herauszugeben, welche nach dem Erbschaftsantritt bis zur wirklichen Restitution und resp. bis zum Verzuge gezogen worden sind, l. 27. §. 1. h. t.

c) Wenn dem Fiduziar ein Vermächtniß unter der Bedingung, wenn er nicht Erbe werden würde, hinterlassen ist, so hat zwar der Miterbe, weil ja die Bedingung defizirt, nichts zu leisten (s. oben Nro. 1. a. E.), wohl aber muß der Fideikommissar den ganzen Betrag des Vermächtnisses dem Fiduziar auszahlen, l. 11. pr., l. 27. §. 15. h. t.

d) Ob der Fiduziar, welcher sich zum Antritt hat zwingen lassen, auch die durch Pupillarsubstitution auf ihn gekommene Erbschaft an den Fideikommissar herausgeben müsse, hängt davon ab, ob ihm die Erwerbung der Pupillarerbschaft auch ohne Antretung der väterlichen Erbschaft möglich gewesen wäre, oder nicht; denn während im erstren Falle die Pupillarerbschaft ungeachtet des Zwangs bei ihm verbleibt, muß er im zweiten Falle dieselbe stets zusammen mit der väterlichen Erbschaft an den Fideikommissar herausgeben. Namentlich tritt also das Letztre ein, wenn der väterliche Erbe gerade nur als solcher pupillariter substituirt ist („quisquis mihi heres erit"), so wie auch immer dann, wenn der Pupillarsubstitut in dem Testamente des Vaters zum alleinigen Erben ernannt ist, l. 27. §. 2, l. 55. §. 3. h. t.

e) Endlich bleiben auch jura sepulchrorum und operae libertorum selbst auch im Falle erzwungener Antretung bei dem Erben zurück, l. 42. §. 1, l. 55. pr. §. 3. h. t.

4) Daß dann, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat, der Fideikommissar sich nicht mehr der Restitution entziehen kann, versteht sich ganz von selbst, sondern die Klagen gehen ungeachtet seiner Weigerung doch aktiv und passiv so auf ihn oder seine Erben über, wie wenn er sich die Restitution hätte gefallen lassen, l. 44. pr., l. 67. pr. h. t. Sollte aber die Restitution nachher aus irgend einem Grunde nicht mehr möglich sein, so greift das oben (bei I. 2) erwähnte Reskript von Antoninus Pius ein, l. 11. §. 2. h. t., l. 1. §. 6. de separat. (42, 6).

Anm. 2. In Betreff der Frage, was an den Fideikommissar restituirt werden müsse sind schon an früheren Stellen dieses Buchs mehrfache Erörterungen vorgekommen; z. B. über die Frage, ob der Fiduziar auch die durch Anwachsung an ihn gekommene Portion herauszugeben verpflichtet sei, vgl. oben S. 314 fgg, ob er auch Prälegate restituiren müsse, vgl. S. 419 fgg., und ob der Fideikommissar auch auf die Früchte der Erbschaftssachen einen Anspruch habe, vgl. S. 491 fgg.

„[illegible]“ [illegible] „[illegible] enim [illegible] a [illegible] ei, qui [illegible] petit, quam [illegible] est“ [illegible] l. [illegible] *[illegible] et [illegible]* ad h. l. (tom. V. p. [illegible]) [illegible] [illegible] l. 63. §. 10. h. t. — [illegible] pupillariter [illegible] secundae tabulae [illegible] der primae tabulae [illegible] dem Tode des [illegible] ist, „quia non probe de hereditate viventis pueri aget“, l. 27. §. 4. h. t.; sind jedoch mehrere Erben vom Vater eingesetzt und pupillariter substituirt, so braucht nur Einer derselben zur Annahme der väterlichen Erbschaft gezwungen zu werden, „hoc enim facto etiam is, qui patris hereditatem non adit, filii hereditatem adire et restituere cogetur“, l. 27. §. 5. h. t., cf. l. 11. §. 1. eod. (in welcher letztern Stelle man gewiß statt: „*cum* filio ejus impubere“ lesen muß: „*exheredato* filio ejus impubere“, s. oben §. 454. Anm. bei l. 2. h. t.)

II. Was die Wirkungen der erzwungenen Antretung anbelangt, so ist

1) im Allgemeinen soviel ausgemacht, daß der Gezwungene wirklich Erbe wird, nicht anders, wie wenn er freiwillig angetreten hätte, l. 14. §. 3. h. t. Namentlich wird also dadurch die Destituirung des Testaments abgewendet, so daß die in demselben angeordneten Vermächtnisse, Freilassungen, Pupillarsubstitutionen und Vormundschaftsernennungen giltig bestehen bleiben, l. 11. §. 1, l. 14. §. 3. h. t. Eben so wird der Eintritt des Vulgarsubstituten dadurch ausgeschlossen, l. 63. §. 13. h. t.; die einem Miterben gesetzte Bedingung: *si coheres adiisset* ist als erfüllt anzusehen, l. 66. pr. h. t., und wenn dem Gezwungenen selbst ein Legat unter der Bedingung, wenn er nicht Erbe werden würde, hinterlassen ist, so gilt diese Bedingung als defizirt, „adiit enim“, un[illegible] braucht das Vermächtniß nicht zu prästiren, l. 11. pr., l. 27. [illegible]

2) Jene Regel leidet aber die wichtige Modifikation, [illegible] Erbe materiell der Erbschaft ganz fremd bleibt, und alle V[illegible] der Erbschaft, die ihn im Falle freiwilligen Antritts getr[illegible] den zwingenden Fideikommissar übergehen, §. 7. fin. J[illegible] l. 55. §. 8, l. 59. pr. h. t. So kann z. B., um [illegible] der Erbe keine Falzidische Quart abziehen, sonde[illegible] Fideikommissar über, l. 63. §. 11. h. t., und [illegible] Fideikommissar seinen ganzen Erbtheil hera[illegible] Restitution einer Quote aufgelegt sein, l. [illegible] ut totum transeat ad eum, qui coegit[illegible] Satze auch dann Anwendung gemacht, [illegible]

sind, die aber nicht sämmtlich den Erbschaftsantritt erzwungen haben; denn hier muß der Erbe dem Zwingenden die ganze Erbschaft herausgeben, und die übrigen Fideikommissare nehmen dann ihren Regreß gegen den Zwingenden, der ihnen auch in solchem Falle keine Quart abziehen darf, l. 1. §. 9, l. 16. §. 8. 9, l. 28. pr. §. 1. 2. h. t.

3) Einige Vortheile bleiben jedoch dem Erben selbst auch im Falle erzwungener Antretung. Was nämlich

a) dem Fiduziar conditionis implendae causa gegeben wird, braucht er nicht an den Fideikommissar zu restituiren, l. 44. §. 4. 5. de condit. et demonstr. (35, 1): „— — *benignius est*, et in hoc casu nihil ei auferri".

b) Eben so braucht auch der Erbe die Früchte nicht herauszugeben, welche nach dem Erbschaftsantritt bis zur wirklichen Restitution und resp. bis zum Verzuge gezogen worden sind, l. 27. §. 1. h. t.

c) Wenn dem Fiduziar ein Vermächtniß unter der Bedingung, wenn er nicht Erbe werden würde, hinterlassen ist, so hat zwar der Miterbe, weil ja die Bedingung defizirt, nichts zu leisten (s. oben Nro. 1. a. E.), wohl aber muß der Fideikommissar den ganzen Betrag des Vermächtnisses dem Fiduziar auszahlen, l. 11. pr., l. 27. §. 15. h. t.

d) Ob der Fiduziar, welcher sich zum Antritt hat zwingen lassen, auch die durch Pupillarsubstitution auf ihn gekommene Erbschaft an den Fideikommissar herausgeben müsse, hängt davon ab, ob ihm die Erwerbung der Pupillarerbschaft auch ohne Antretung der väterlichen Erbschaft möglich gewesen wäre, oder nicht; denn während im erstren Falle die Pupillarerbschaft ungeachtet des Zwangs bei ihm verbleibt, muß er im zweiten Falle dieselbe stets zusammen mit der väterlichen Erbschaft an den Fideikommissar herausgeben. Namentlich tritt also das Letztre ein, wenn der väterliche Erbe gerade nur als solcher pupillariter substituirt ist („quisquis mihi heres erit"), so wie auch immer dann, wenn der Pupillarsubstitut in dem Testamente des Vaters zum alleinigen Erben ernannt ist, l. 27. §. 2, l. 55. §. 3. h. t.

e) Endlich bleiben auch jura sepulchrorum und operae libertorum selbst auch im Falle erzwungener Antretung bei dem Erben zurück, l. 42. §. 1, l. 55. pr. §. 3. h. t.

4) Daß dann, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat, der Fideikommissar sich nicht mehr der Restitution entziehen kann, versteht sich ganz von selbst, sondern die Klagen gehen ungeachtet seiner Weigerung doch aktiv und passiv so auf ihn oder seine Erben über, wie wenn er sich die Restitution hätte gefallen lassen, l. 44. pr., l. 67. pr. h. t. Sollte aber die Restitution nachher aus irgend einem Grunde nicht mehr möglich sein, so greift das oben (bei I. 2) erwähnte Reskript von Antoninus Pius ein, l. 11. §. 2. h. t., l. 1. §. 6. de separat. (42, 6).

Anm. 2. In Betreff der Frage, was an den Fideikommissar restituirt werden müsse sind schon an früheren Stellen dieses Buchs mehrfache Erörterungen vorgekommen; z. B. über die Frage, ob der Fiduziar auch die durch Anwachsung an ihn gekommene Portion herauszugeben verpflichtet sei, vgl. oben S. 314 fgg., ob er auch Prälegate restituiren müsse, vgl. S. 419 fgg., und ob der Fideikommissar auch auf die Früchte der Erbschaftssachen einen Anspruch habe, vgl. S. 491 fgg.

3) Von den durch ein Universal-Vermächtniß begründeten Rechtsverhältnissen. §. 559.

Anm. Es ist eine interessante, auch noch h. z. T. keineswegs einstimmig beantwortete Frage, ob und inwiefern, wenn neben einem Universal-Fideikommiß noch Singular-Vermächtnisse angeordnet sind, der Fideikommissar zur Zahlung dieser Vermächtnisse beizutragen verpflichtet sei? Vgl. *Böhmer*, de legatis ex fideicommisso praestandis; in Elect. tom. I. exerc. 7, Roßhirt, Verm. I. S. 179 fgg. S. 217 fgg. vgl. mit desselben Zeitschr. IV. S. 124 fgg. und Lehrb. d. Civilr. III. §. 690, Stemann in Elvers neuer Themis I. S. 278 fgg.

Im Allgemeinen ist freilich soviel unzweifelhaft, daß der Regel nach der Fideikommissar nach Maaßgabe der an ihn restituirten Portion zu den Vermächtnissen beitragen muß, was ja auch augenscheinlich ganz den Grundsätzen des SC. Trebellianum angemessen ist, l. 2. C. h. t.:

> *Philipp.* (a. 244): „Ad eum, cui ex Trebelliano SCto pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competente portione spectare, indubitati juris est",

vgl. l. 1. §. 19, l. 15. §. 1. ut legator. causa caveat. (36, 3), und wenn also z. B. der Testator, welcher ein Vermögen von 400 hinterläßt, dem eingesetzten Erben die Restitution der halben Erbschaft an den Sempronius aufgiebt, und dem Titius 200 legirt, so fordert dieser Letztre die eine Hälfte seines Legats von dem eingesetzten Erben, die andre Hälfte aber von dem Univ.-Fideikommissar, l. 1. §. 20. h. t. Natürlich aber darf dadurch die Quart des Erben nicht überschwert werden, und betrüge demnach etwa das dem Titius ausgesetzte Legat 400, so würde zwar der Univ. Fideikommissar Sempronius die volle Hälfte desselben (also 200) an den Titius herausgeben müssen (weil den Fideikommissaren kein Recht des Quartabzugs zusteht), aber der eingesetzte Erbe braucht nur soviel an den Legatar zu zahlen, daß ihm seine Quart frei bleibt, also nur 100.

So fest diese Regel aber auch im Allgemeinen steht, so sind doch mehrere einzelne Fälle einer besondren Betrachtung bedürftig.

1) Wenn der Erblasser die Herausgabe der ganzen Erbschaft anbefohlen, und daneben Singular-Vermächtnisse angeordnet hat, so ist vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der Testator sich besonders darüber ausgesprochen hat, wer denn eigentlich mit diesen Vermächtnissen belastet sein soll, oder ob dergleichen Verfügungen fehlen.

a) Was den ersten Fall anbelangt, so kommen in unsren Quellen insbesondre als solche testatorische Verfügungen die beiden vor, es solle die Erbschaft *deductis legatis* restituirt werden, l. 3. §. 2, l. 16. §. 3, l. 51. h. t., und dann, es sollten die Singular-Vermächtnisse auf den Erben lasten („si ad heredis onus esse testator legata dixerit"), l. 3. pr. h. t. Wenn der Erblasser eine Verfügung der letztren Art getroffen hat, so ist augenscheinlich der Erbe doppelt belastet, indem er einmal die ganze Erbschaft herausgeben und dann noch außerdem die fraglichen Vermächtnisse prästiren soll, und danach versteht es sich denn ganz von selbst, daß derselbe seine Falzidische Quart nur so berechnen kann,

daß er dem Universal-Fideikommissar und den Legataren gleichmäßig einen verhältnißmäßigen Abzug macht. Setzen wir also, der Erblasser hinterläßt 400, befiehlt dem Erben die Restitution der ganzen Erbschaft an den Sempronius, und hinterläßt dem Titius 300 mit der vorher bemerkten Klausel. Hier ist die Quart so zu berechnen, wie wenn dem Erben aufgelegt worden wäre, 400 an den Sempronius und 300 an den Titius auszuzahlen, und demnach vertheilt er die 300, die er überhaupt herauszugeben schuldig ist, in der Art, daß der Universal-Fideikommissar Sempronius davon $\frac{4}{7}$ (= 171$\frac{3}{7}$), der Legatar Titius aber $\frac{3}{7}$ (= 128$\frac{4}{7}$) bekommen, l. 3. pr. h. t. — Ganz anders dagegen ist zu entscheiden, wenn der Erblasser die Restitution der Erbschaft *deductis legatis* angeordnet hat. Offenbar heißt dies nämlich soviel, daß durch die angeordneten Vermächtnisse der Betrag des Universal-Fideikommisses vermindert werden, daß dieselben also in Wahrheit eine Belästigung des Fideikommissars sein sollen, und hier kann also auch unmöglich die Falcidia so, wie in dem vorigen Falle berechnet werden, sondern man muß dabei vielmehr von dem Gedanken ausgehen, daß hier eigentlich das Fideikommiß nach der Absicht des Testators nur in dem nach Abzug der Legate übrigbleibenden Reste bestehe. Nehmen wir ganz das obige Beispiel, und denken uns nur, daß Statt der dort supponirten Klausel der Erblasser gesagt hat, es solle die Erbschaft deductis legatis an den Sempronius restituirt werden, so muß man jetzt so sagen: der Erbe hat 300 an den Titius, und 100 an den Sempronius auszuzahlen; da er aber überhaupt nur 300 auszuzahlen verpflichtet ist, so bekommt davon Titius $\frac{3}{4}$ (= 225), der Univ. Fideikommissar Sempronius aber $\frac{1}{4}$ (= 75), l. 2. h. t., cf. l. 3. §. 2, l. 16. §. 3. eod. Hiernach leuchtet es denn auch ein, daß es ganz und gar zu demselben Resultate führt, ob der Erblasser gesagt hat, es solle die Erbschaft deductis legatis restituirt werden, oder ob er speziell den Fideikommissar mit der Auszahlung des Vermächtnisses belastet hat, und nur die Argumentation wird hier etwas anders ausfallen. Supponiren wir nämlich in unsrem bisherigen Beispiele, daß der Testator ausdrücklich den Fideikommissar Sempronius mit dem Vermächtniß an den Titius belastet habe, so müssen wir so sagen: der eingesetzte Erbe zieht dem Fideikommissar $\frac{1}{4}$ ab, und gibt also nur 300 an denselben heraus; da nun dieser aber in demselben Verhältniß, wie ihm selbst abgezogen wird, auch wieder den an ihn gewiesenen Legataren einen Abzug machen kann (l. 43. §. 3. de condit. et dem. (35, 1), l. 32. §. 4. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 5. si cui plus (35, 3), l. 63. §. 12. h. t.), so braucht er an den Titius nur $\frac{3}{4}$ des Legats, also nur 225 auszuzahlen, und behält dann für sich 75 zurück.

b) Wenn aber der Erblasser keine besondren Bestimmungen über die Person des Belasteten getroffen hat, so ist stets der vermuthlichen Absicht des Erblassers nach so zu entscheiden, wie wenn derselbe speziell den Fideikommissar onerirt hätte, oder, was ja gleichviel ist, wie wenn die Restitution deductis legatis angeordnet wäre, l. 2. h. t.:

> *Celsus.* „Qui quadringenta reliquit, Titio trecenta legavit, heredis fidei commisit, ut tibi hereditatem restitueret, isque suspectam jussu Praetoris adiit et restituit, quaerebatur, quid legatario dare deberes? Dicendum est, quia praesumtum est, voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui, tota trecenta te dare

Titio debere. Nam heres hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat, et quod heres perfunctus omnibus hereditariis muneribus, id est post legatorum dationem, reliquum habiturus foret, si non esset rogatus, ut tibi restitueret hereditatem, id tibi restituat. Quantum ergo haberet? Nempe centum; haec ut tibi daret rogatus est. Itaque sic ineunda est legis Falcidiae ratio, quasi heres trecenta Titio dare damnatus tibi centum dare damnatus sit, quo evenit, ut si hereditatem sua sponte adiisset, daret Titio ducenta vigintiquinque, tibi septuagintaquinque. Non ergo plus Titio debetur, quam si injussu Praetoris adita hereditas foret".

Hierauf hat auch die Justinianische Generalisirung des SC. Trebellianum keinen wesentlichen Einfluß geäußert, indem sich dadurch höchstens nur die Art der Argumentation, in keiner Weise aber auch das Resultat geändert hat. Im Geiste des Justinianischen Rechts muß man nämlich jetzt wohl so sagen: der Erbe, welchem aufgelegt ist, die ganze Erbschaft zu restituiren, behält davon $\frac{1}{4}$ zurück, und wird nun als Erbe zu $\frac{1}{4}$ angesehen, während der Fideikommissar als Miterbe zu $\frac{3}{4}$ gilt; der Legatar Titius fordert demgemäß sein Legat von 300 zu $\frac{3}{4}$ von dem Fideikommissar, und zu $\frac{1}{4}$ von dem Erben; das $\frac{1}{4}$ aber, was der Letztre prästiren müßte, geht für den Legatar verloren, weil der Erbe schon auf seine Quart beschränkt ist, und zu weiteren Leistungen nicht angehalten werden kann; hiernach hat denn der Erbe = 100, der Universal-Fideikommissar = (300 — 225) = 75, der Legatar Titius = (300 — 75) = 225. Meiner Ueberzeugung nach ist also die l. 2. h. t. noch vollkommen praktisch, und ich kann schlechthin nicht der oft (z. B. auch noch von Roßhirt a. a. O.) vertheidigten Meinung beistimmen, daß die da vorgetragene Ansicht des Celsus im Sinne Justinian's rektifizirt sei durch die in l. 3. pr. eod. entwickelte Berechnung des Marcellus, und folglich die l. 2. cit. nur den rein literärhistorischen Werth habe, daß wir daraus die abweichende Ansicht andrer römischer Juristen kennen lernten; denn nicht nur, daß unter solcher Voraussetzung die Aufnahme dieser Stelle nicht zu dem sonst von Justinian befolgten Plane passen würde, so behandeln ja auch, wie schon oben hervorgehoben ist, jene beiden Stellen ganz verschiedene Fälle, indem in l. 3. pr. cit. supponirt wird, daß der Erblasser ausdrücklich die Vermächtnisse als ein onus des Erben aufgeführt hat, während in l. 2. cit. vorausgesetzt wird, daß gar keine besondre Bestimmung über die Person des Belästigten vorgekommen ist. Eben so wenig aber kann ich auch der anderweiten (z. B. auch wieder von Roßhirt vertheidigten) Ansicht beitreten, daß die l. 2. cit. jetzt unpraktisch sei, weil dort eine Restitution ex SC. *Pegasiano* vorausgesetzt werde, die ja doch im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommen könne; denn ich habe schon oben bemerkt, daß dies auf das Resultat gar keinen Einfluß haben kann, sondern höchstens nur die Argumentationsart berührt. —

Wir haben bisher bei dem ganzen unter Nro. 1. behandelten Falle vorausgesetzt, daß der Erbe freiwillig die Erbschaft antritt, und sich auch die ihm gebührende Quart abzieht. Es kann aber auch sein, erstlich daß der Erbe zwar freiwillig antritt, aber doch die Quart nicht abzieht. Wenn hier das Vermächtniß ausdrücklich dem Erben aufgelastet ist, so kommt dieser Nichtabzug jedenfalls dem Legatar und dem Fideikommissar gleichzeitig zu Gute, und so wird man in

unsrem, bisher festgehaltenen Beispiele sagen müssen, daß die 100, welche sich der Erbe hätte zurückbehalten dürfen, jetzt zu $\frac{3}{7}$ an den Legatar Titius, und zu $\frac{4}{7}$ an den Fideikommissar Sempronius kommen, so daß der Erstre im Ganzen 171$\frac{3}{7}$, der Zweite aber 228$\frac{4}{7}$ erhält. Ist aber umgekehrt der Fideikommissar speziell onerirt, oder ist gar keine besondre Bestimmung des Testators vorhanden, so ist es die Regel, daß der Nichtabzug der Quart von Seiten des Erben wesentlich nur dem Legatar zu Gute kommt, und der Fideikommissar blos dann einen Vortheil davon zieht, wenn nach Auszahlung des vollen Vermächtnisses die Quart noch nicht vollends erschöpft ist; in unsrem Beispiele bekommt also zunächst Titius seine vollen 300, und dem Fideikommissar verbleibt der Rest im Betrag von 100, vgl. auch l. 8. C. h. t. Nur, wenn der Fiduziar erweislich gerade blos zu Gunsten des Fideikommissars auf seine Quart verzichtet, kommt natürlich auch nur diesem der Nichtabzug zu Gute, l. 1. §. 19. h. t. — Es kann aber auch zweitens vorkommen, daß der Fiduziar die Erbschaft nur gezwungen antritt, und in diesem Falle gilt allgemein die Regel, daß dadurch der Legatar in keiner Weise einen Vortheil erlangt, sondern gerade nur soviel bekommt, wie wenn der Erbe freiwillig angetreten, und sich die Quart abgezogen hätte, indem die nicht abgezogene Quart dem zwingenden Fideikommissar zu Gute kommt, l. 2. fin., l. 3. pr., l. 63. §. 11. h. t.

2) Wenn dem Fiduziar zwar die Restitution der ganzen Erbschaft auferlegt, aber doch die Quart durch Vorbehalt einzelner Sachen oder Summen gedeckt ist, so muß der Fideikommissar alle Vermächtnisse allein auszahlen, l. 1. §. 21. h. t., cf. §. 9. J. h. t. Dabei versteht es sich aber von selbst, daß derselbe den Legataren nicht für mehr haftet, als er selbst empfangen hat, und ist dadurch den Legataren etwas gekürzt worden, so haben diese noch gegen den Fiduziar einen subsidiären Anspruch auf das Uebrige, nur daß dieser natürlich seine Quart frei behalten muß, l. 1. §. 17. h. t.

3) Wenn dem Fiduziar zwar nicht die Restitution der ganzen Erbschaft auferlegt ist, aber die ihm verbleibende Quote beträgt nur $\frac{1}{4}$ oder noch weniger, so darf gewiß nur so, wie oben in dem Falle bei 1. b. entschieden werden, d. h. der Erbe restituirt $\frac{3}{4}$ der Erbschaft an den Fideikommissar, und die Legatare halten sich nur zu $\frac{3}{4}$ an diesen, während das $\frac{1}{4}$, was eigentlich der Erbe prästiren müßte, für dieselben verloren geht. Freilich ist aber dies außerordentlich bestritten, und es haben sich auch noch h. z. T. sehr verschiedene Ansichten hierüber geltend zu machen gesucht. Um das Verhältniß derselben zu einander näher zu bestimmen, will ich das Beispiel zu Grunde legen, welches Mejer in Schweppe's Handb. V. §. 940. aufführt, und Roßhirt an den angeff. OO. beibehält. Wir setzen also, der Nachlaß beträgt 24000, dem Erben ist aufgetragen $\frac{7}{8}$ der Erbschaft an den Sempronius zu restituiren, und als Legate sind ausgesetzt 1000 an den A., 2000 an den B., 3000 an den C. und 4000 an den D., also im Ganzen 10000. Nach unsrer Ansicht muß hier so gesagt werden: der Erbe darf sich bei Restitution des Universal-Fideikommisses die Quart abziehen, und giebt also an den Fideikommissar Statt $\frac{7}{8}$ nur $\frac{3}{4}$ (= 18000) heraus; die Legatare fordern dann $\frac{3}{4}$ ihrer Legate von dem Fideikommissar, so daß A. 750, B. 1500, C. 2250, D. 3000 erhalten; das $\frac{1}{4}$ aber, was auf den Erben käme, müssen sie einbüßen,

weil diesem die Quart nicht verkürzt werden darf. Im Ganzen werden also die 24000 so vertheilt, daß davon

der Erbe bekommt	6000
die Legatare	7500
der Fideikommissar	10500
	24000.

Diese Ansicht wird, wenn ich recht verstehe, jetzt auch von Roßhirt in seinem Lehrb. §. 690. vertheidigt (verb.: „wo vielleicht die Legatare dem Fiduziar gegenüber die diesen betreffende vierte Beitragsquote mehr oder weniger [?] entbehren müssen"); vgl. auch v. Wening Buch V. §. 258. (wo aber in Not. p. irrig Donellus als Gewährsmann angeführt wird), Valett §. 1200. a. E., Stemann a. a. O. S. 287 fgg. (welcher wenigstens im Resultate mit uns übereinstimmt, wenn auch die Begründung sehr verschieden ist), Puchta §. 557. und Vorles. ad h. l., Sintenis III. §. 220. a. E., Arndts §. 586. — Dagegen sind aber insbesondre folgende anderweite Meinungen vertheidigt worden:

a) Viele nehmen an, der Fiduziar müsse selbst auch von seiner Quart verhältnißmäßig zu den Legaten beitragen, so daß in unsrem Beispiele die Legatare 7500 von dem Fideikommissar, und 2500 von dem Fiduziar erhielten, und sich also das Verhältniß im Ganzen so stellen müßte:

der Erbe bekommt	3500
die Legatare	10000
der Fideikommissar	10500
	24000.

Vgl. unter den Aelteren bes. *Donell.* ad l. 2. C. ad SC. Trebell., und comm. jur. civ. lib. VII. c. 28, und *Hilliger,* Donell. enucl. l. c. not. p., unter den Neueren Roßhirt, Verm. a. a. O. und Mühlenbruch, Lehrb. §. 763. Not. 15. Erwägt man aber, daß der Erbe doch jedenfalls auf 24000 eingesetzt ist, und sowohl die lex Falcidia als das SC. Pegasianum (welches in dieser Beziehung von Justinian in gar nichts aufgehoben ist) dem Erben ¼ seiner eigentlichen Erbportion zusichern, so muß diese Ansicht gewiß als verwerflich erscheinen, und man kann dagegen auch nicht auf die l. 2. C. h. t. provoziren, indem dort offenbar gar nicht an den Fall eines Quartabzugs gedacht, sondern nur die allgemeine Regel, die auch wir in vollem Maaße anerkennen, hingestellt ist, daß an und für sich der Fiduziar und der Fideikommissar zur Zahlung der Vermächtnisse konkurriren.

b) Die schon in der Glosse angenommene, und früher überhaupt von den Meisten vertheidigte Ansicht geht dahin, daß der Erbe allerdings seine Quart frei behalten müsse, die Legatare aber ihre volle Befriedigung von dem Fideikommissar verlangen könnten, so daß in unsrem Beispiele sich die Vertheilung so gestalten würde:

Der Erbe bekommt	6000
Die Legatare	10000
Der Fideikommissar	8000
	24000.

Vgl. bes. *Faber,* error. Pragm. XI. 10, *Böhmer* l. c. cap. 2. §. 3 sqq. und

die dort in §. 4. zahlreich Zitt. Es läßt sich aber in der That nicht wohl einsehen, aus welchem Rechtsgrunde der Fideikommissar, der doch jedenfalls nur zu $\frac{7}{8}$ als Erbe gilt, zur Prästation des gesammten Vermächtnisses angehalten werden könnte, und zwar um so weniger, da selbst, wenn man ihn an und für sich für das Ganze verhaftet ansehen dürfte, er doch jedenfalls nach allgemeinen Regeln, so viel ihm abgezogen wird, wieder in Abzug bringen dürfte.

c) Eine eigenthümliche Berechnung kommt bei Mejer in Schweppe's Hdb. V. §. 940. vor, deren Wesentliches in Folgendem besteht. Der Erbe, welcher durch ein Univ. Fideikommiß auf seine Quart oder auf eine noch geringere Quote reduzirt sei, müsse allerdings pro rata die Legate mit übernehmen; da ihm aber jedenfalls ein Anspruch auf die Quart zustehe, so ziehe er diese den Legataren und dem Universal-Fideikommissar gleichmäßig ab. Für die andre entsprechende Rate der Vermächtnisse hafte der Fideikommissar, der dann aber ebenfalls den Vermächtnißnehmern, soweit ihm etwas abgezogen sei, wiederum einen Abzug machen könne. In unsrem Beispiele würden sich hiernach folgende Verhältnisse ergeben: Der eingesetzte Erbe soll danach auszahlen an den Sempronius $\frac{7}{8}$ der Erbschaft = 21000, und an die Legatare $\frac{1}{8}$ der angeordneten Vermächtnisse = 1250, also überhaupt 22250, so daß ihm im Ganzen blos 1750 bleiben, während er doch einen Anspruch auf 6000 hat. Die 4250, um welche er überlastet ist, zieht er demnach verhältnißmäßig den Legataren und dem Univ. Fideikommissar ab, wonach die Erstren sich einen Abzug von $238\frac{68}{89}$, der Letztre aber von $4011\frac{21}{89}$ gefallen lassen müssen, und da dann der Erbe an die Legatare Statt 1250 nur $1011\frac{21}{89}$, und an den Fideikommissar Statt 21000 nur $16988\frac{68}{89}$ auszahlt, so hat er nun seine ihm gebührenden 6000 beisammen. Was nun aber weiter das Verhältniß der Legatare zu dem Univ. Fideikommissar anbelangt, so haftet dieser den Erstren an und für sich für $\frac{7}{8}$, also für einen Betrag von 8750; da ihm aber selbst ein Abzug gemacht ist (nämlich im Belauf von $\frac{17}{89}$), so darf er den Legataren verhältnißmäßig wieder abziehen, und demnach giebt er diesen Statt 8750 nur $7078\frac{58}{89}$ (wovon an den A. $707\frac{77}{89}$, an den B. $1415\frac{65}{89}$, an den C. $2113\frac{53}{89}$, an den D. $2831\frac{41}{89}$ fallen). Hiernach würden dann die 24000 überhaupt so vertheilt:

Der Erbe bekommt	6000
Die Legatare erhalten	$8089\frac{79}{89}$
Der Fideikommissar behält	$9910\frac{10}{89}$
	24000.

(Die Zahlen, welche Roßhirt, Verm. I. S. 220. Not. als Resultat der Mejerschen Rechnung angibt, sind völlig irrig, und auch die angebliche Berichtigung in seiner Zeitschr. IV. S. 125. beruht auf einem offenbaren Rechnungsfehler, wie schon daraus hervorgeht, daß danach die Summe 24100 betragen würde). — Gewiß ist die Theorie Mejer's unter den bisher angeführten abweichenden Ansichten die durchdachteste; aber dennoch ist dabei übersehen, daß die da angenommene Verbindlichkeit des Erben, $\frac{1}{8}$ zu den Vermächtnissen beizutragen, nur erst dann entsteht, wenn wirklich schon $\frac{7}{8}$ der Erbschaft an den Fideikommissar restituirt worden sind, und daß darum nicht Beides — jener Legatenbeitrag und das Universal-Fideikommiß — auf gleiche Stufe gestellt werden darf. Der offensichtliche

Gedanke des SC. Trebellianum ist vielmehr, daß zunächst noch ganz von den Singulär-Vermächtnissen abgesehen und nur das Verhältniß zwischen Fiduziar und Fideikommissar regulirt wird. Erst, wenn dieses ins Reine gebracht ist, bestimmt sich, zu welchem Antheil der Fiduziar und zu welchem der Fideikommissar den Gläubigern und Legataren verhaftet ist, und es kann daher sicher nicht gebilligt werden, wenn gleich von vorneherein der Univ. Fideikommissar und die Singular-Vermächtnißnehmer bei Abzug der Quart in eine Reihe gestellt werden. Es geht dies nur dann an, wenn der Erblasser gerade den Fiduziar mit Auszahlung der Vermächtnisse belastet hat, also in dem oben bei I. a. angedeuteten Falle.

d) Endlich ist neuerlich für unsren Fall noch folgende Berechnung angedeutet worden: „die 3000, die der Fiduziar noch haben müsse, würden sowohl den Legataren als dem Fideikommissar abgezogen, d. h. der Fiduziar behalte seine 3000, und nehme von den Legataren 1250, und von dem Fideikommissar 1750, so daß das Resultat entstände

der Erbe erhalte	6000
die Legatare	8750
der Fideikommissar	9250
	24000".

Vgl. Roßhirt in seiner Zeitschr. IV. S. 124 fgg. Wenn der Vertheidiger dieser Ansicht behauptet, daß diese Meinung in den Quellen vorkomme, wobei er wahrscheinlich auf l. 2. h. t. hindeutet, so möchte dies doch wohl auf einem Mißverständnisse beruhen.

Anhang. Von der Auflage, eine fremde Erbschaft zu restituiren. §. 560.

Heise, de aliena hereditate restituenda. Goett. 1816, Hasse im Rhein. Mus. III. S. 500 fgg.

Abschnitt IV.

Von den Schenkungen Todes halber.

Dig. XXXIX. 6. de mortis causa donationibus, Cod. VIII. 57. de donationibus mortis causa. — Schirach im civ. Arch. II. S. 297 fgg., Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827, v. Schröter in Gießer Zeitschrift II. S. 97 fgg., Hasse im Rhein. Mus. II. S. 300 fgg., III. S. 1 fgg.,

S. 371 fgg., Bolley, verm. jur. Auff. Bd. I. Nr. 1, Roßhirt, Verm. I. S. 80 fgg., Wiederhold in Gießer Zeitschr. XV. S. 96 fgg., *Fester*, de mort. c. donatione. Heidelb. 1841, v. Savigny, System IV. §. 170 fgg. S. 239 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. IX. S. 709 fgg., Keller, Institut. S. 343 fgg., Vering S. 804 fgg., Unger, östr. Erbr. §. 77; vgl. auch Liebe, Stipulat. S. 384 fgg., Erxleben, die condictiones sine causa II. S. 103 fgg. S. 157 fgg.

I. Begriff und Wesen der mortis causa donatio. §. 561.

1) *Marcell.* l. 38. h. t.: Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat, et mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis.

2) *Paul.* l. 35. §. 2. h. t.: Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur; et ibi, qui donat, illum potius, quam se habere mavult; at is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitae recepisse potius, quam dedisse mavult. Et hoc est, quare vulgo dicatur, se potius habere vult, quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.

Anm. Die Schenkung Todes halber ist ein Akt der Liberalität, welcher in der Mitte steht zwischen der reinen Schenkung (der donatio inter vivos) und dem Legate. Ihrer äußeren Erscheinung nach stellt sie sich nämlich ganz wie eine gewöhnliche Schenkung dar, indem sie eben so wie diese, eine alsbaldige Vermögensvermehrung des Beschenkten durch den Schenker voraussetzt, und ganz durch dieselben Akte realisirt wird, die auch bei der gewöhnlichen Schenkung vorkommen. Während sie sich aber hierdurch charakteristisch genug von dem Legate unterscheidet, kommt noch ein zweites Merkmal bei ihr vor, wodurch sie sich nicht minder scharf von der gewöhnlichen Schenkung abtrennt, und dem Legate sich annähert, daß sie nämlich stets erst durch den Tod des Schenkers zu wahrer Perfektion kommt. Diese beiden Merkmale der m. c. donatio bedürfen noch einer etwas genaueren Betrachtung.

I. Die durch solche Schenkung hervorgebrachte Vermögensvermehrung muß durch den Schenker selbst geschehen, und nicht erst aus dessen Erbschaft genommen werden („praesens praesenti dat") l. 38. h. t., und dabei können denn auch ganz dieselben Akte der Vermögensvermehrung vorkommen, die auch bei der donatio inter vivos Platz greifen. Soll also:

1) eine Sache mortis causa geschenkt werden, so war Manzipation, in jure cessio oder Tradition nöthig, wovon im Justinianischen Rechte natürlich nur noch die Letztre erwähnt wird, und die daher auch immer da zu supponiren ist, wo von einer res mortis causa donata die Rede ist. Uebrigens kann bei Uebergabe der Sache auch ausbedungen werden, daß das Eigenthum derselben erst im Augenblicke des Todes des Schenkers übergehen soll, l. 2. fin., l. 29. h. t., und dann ist nur insofern eine alsbaldige Vermögens-Vermehrung vorhanden, als der bei dem Tode von selbst erfolgende Eigenthumsübergang doch immer seine Quelle in der vorhergehenden Tradition hat. Vermuthet wird aber ein solcher Suspensiveffekt nie, sondern Regel ist es, daß das Eigenthum alsbald übergeht, und nur unter Umständen wieder erlöscht, vgl. bes. l. 1. pr. de donat. (39, 5), wo die mortis causa donatio geradezu als eine donatio, quae sub conditione solvitur, angeführt wird, und schwerlich läßt sich auch mit *Cramer*, dispunctiones juris c. 10. wegen l. 35. §. 3. h. t. behaupten, daß die Prokulejaner die entgegengesetzte Meinung vertheidigt hätten, s. bes. Hasse II. S. 328 fgg., v. Savigny S. 246 fgg. – Die nicht ganz selten vertheidigte Ansicht, daß im Falle einer m. c. donatio das Eigenthum der geschenkten Sache auch ohne Tradition auf den Beschenkten übergehe, ist gewiß grundlos, obwohl dafür nicht ohne Schein die l. 2. coll. l. 1. §. 2. de Public. act. (6, 2) angeführt werden kann. Im Sinne des Justinianischen Rechts muß dies Fragment wohl von einem Falle verstanden werden, wo der Schenker zunächst nur Besitz überließ, und sich das Eigenthum noch vorbehielt, und wo dann das Letztre von selbst im Augenblicke des Todes des Schenkers übergeht, vgl. v. Schröter a. a. O. S. 117. No. 5, Hasse II. S. 325 fgg., bes. S. 348 fgg.; Paulus selbst dachte aber vielleicht an einen Fall, in welchem die Schenkung durch mancipatio oder in jure cessio ohne Tradition vollzogen war, der Beschenkte aber nach des Schenkers Tod einseitig Besitz ergriffen hatte, v. Savigny S. 245 fgg. —

2) Aber nicht blos Sachen und jura in re, sondern auch Obligationen können Gegenstand der mortis causa donatio sein, und zwar namentlich so, daß die Forderung durch promissio erst constituirt wird, l. 34. 35. §. 7. h. t., l. 76. de jure dot. (23, 3), l. 4. §. 1. de doli mali except. (44, 4), *Fest.* s. v. mortis causa stipulatio. Obwohl hier die exactio mit Effekt erst nach dem Tode des Schenkers erfolgen kann, so ist doch selbst in diesem Falle eine alsbaldige Vermögens-Vermehrung des Beschenkten vorhanden, da die durch solche stipulatio begründete obligatio nicht etwa erst in der Person des Erben ihren Anfang nimmt, sondern von diesem wie eine andre Erbschaftsschuld übernommen werden muß, vgl. auch l. 34. h. t., und daher erklärt sich denn auch ganz von selbst, daß die bekannte Regel, wonach Niemand post mortem suam promittiren durfte, einer solchen stipulatio mortis causa nicht entgegenstand, Hasse II. S. 324. Daß diese Lösung befriedigender ist, als die von v. Savigny S. 249 fgg. versuchte und von Heimbach a. a. O. S. 713. adoptirte, wonach jene Regel darum nicht entgegen gestanden haben soll, weil man eine solche stipulatio so aufgefaßt habe, wie wenn der Geber verspreche, im letzten Augenblicke seines Lebens (cum moriar) Schuldner sein zu wollen, scheint mir unzweifelhaft, vgl. auch Keller a. a. O. S. 345 fg., Unger §. 77. Not. 11. — Es kann aber auch ein schon vorhandenes nomen vermittelst Zession oder Delegation

mortis causa verschenkt werden, oder es kann umgekehrt eine solche Schenkung so geschehen, daß man dem zu Beschenkenden eine Schuld abnimmt durch acceptilatio oder pactum de non petendo, oder dadurch, daß man sich selbst oder seinen Debitor dem Kreditor des zu Beschenkenden novandi animo delegiren läßt und dgl. m., l. 18. §. 1, l. 28, l. 31. §. 1. h. t., l. 15. pr. ad leg. Falcid. (35, 2). Daß in allen diesen Fällen nicht von *traditio* die Rede sein kann, leuchtet von selbst ein, und so ist allerdings der von Müller S. 16 fgg. S. 44. S. 51 fgg. und anderwärts gebrauchte Ausdruck, jede m. c. donatio setze eine gleichbaldige Tradition voraus, nicht scharf genug, obwohl ich überzeugt bin, daß Müller damit eben nur den richtigen Gedanken hat bezeichnen wollen, daß jede m. c. donatio nothwendig eine gleichbaldige, von dem Schenker selbst ausgehende Vermögens-Vermehrung voraussetze, vgl. auch Müller S. 94 fgg.

3) Nicht nur einzelne Vermögensstücke, sondern auch ein ganzes Vermögen, oder eine Quote desselben können Gegenstand der mortis causa donatio sein, und zwar kann dies entweder so geschehen, daß sämmtliche einzelne, darin befindliche Gegenstände in entsprechender Weise auf den Beschenkten übertragen werden, oder auch durch eine blose sich auf das Ganze erstreckende Stipulation, Vat. fr. §. 263. verb.: citra stipulationem. Beide Arten kommen vor in der bekannten l. Seja (42) h. t. (vgl. darüber Keller in d. gesch. Zeitschr. XII. Nr. 12), denn in Beziehung auf den Titius war die Schenkung durch Traditionen, in Beziehung auf die Kinder des Titius durch eine interposita cautio errichtet. Daß aber hier niemals an eine Universalsuccession zu denken ist, versteht sich von selbst, vgl. Müller S. 141 fgg., Hasse II. S. 363 fgg., III. S. 13 fgg., v. Schröter S. 123; s. auch Hasse im civ. Arch. V. S. 28 fgg.

II. Die Schenkung muß bis auf einen gewissen Punkt erst durch den Tod des Schenkers unwiderruflich werden, l. 27. 32. h. t., Paul. rec. sent. III. 7. §. 2. Es sind hier aber zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn die Schenkung wegen einer bevorstehenden Todesgefahr (einzelne Fälle s. in l. 3—6, l. 35. §. 4. h. t.) gemacht ist, so wird dieselbe der Regel nach resolvirt, wenn der Schenker die Gefahr glücklich übersteht, l. 19. 24. 35. §. 3, l. 39. h. t., §. 1. J. de donat. (2, 7), Paul. rec. sent. III. 7. §. 1. 2, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, l. 13. §. 1, l. 35. §. 4, l. 44. h. t., §. 1. J. cit., und endlich, wenn der Schenker aus bloser Reue revozirt, l. 16, 30. h. t. §. 1. J. cit., Paul. cit. §. 2. — Gerade der Fall aber, daß mit Rücksicht auf eine unmittelbar drohende Todesgefahr geschenkt wird, ist der bei Weitem gewöhnlichste, den auch die römischen Juristen bei ihren Erörterungen über mortis causa donatio regelmäßig allein im Sinne haben, und auf welchen allein auch eigentlich die bekannte Charakterisirung der m. c. donatio paßt, daß der Schenker sich selbst die geschenkte Sache eher gönne, als dem Beschenkten diesem aber eher, als seinen Erben, l. 1, l. 35. §. 2. h. t., §. 1. fin. J. cit.

2) Es kann aber auch geschehen, daß nicht gerade mit spezieller Rücksicht auf eine gerade drohende Todesgefahr geschenkt wird, sondern nur mit Hinblick auf den Tod überhaupt, und dann fällt natürlich der erste der bei 1) angegebenen Aufhebungsgründe hinweg, und nur die beiden übrigen bleiben auch hier anwendbar.

Von diesen Regeln können aber durch besondre Beliebung die Ausnahmen

herbeigeführt werden, daß Revokation aus bloser Reue hinwegfällt, und für den Fall bei No. 1. auch noch die, daß Rettung aus der drohenden Gefahr die Schenkung nicht resolviren solle, l. 13. §. 1, l. 35. §. 4. h. t., Nov. 87; immer und stets aber muß der Fall der Erlöschung übrig bleiben, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, denn fällt auch dieser hinweg, so ist keine wahre m. c. donatio vorhanden, sondern eine donatio inter vivos, deren Veranlassung nur der erwartete Tod war, l. 27. h. t. Vgl. überhaupt Müller S. 98 fgg., Hasse II. S. 335 fgg., v. Schröter S. 109 fgg., v. Savigny S. 240 fgg. Sterben Schenker und Beschenkter gleichzeitig, so wird die Schenkung perfekt, und kann nicht von den Erben des Schenkers angefochten werden, l. 26. h. t.

Tritt nun aber die Auflösung der m. c. donatio aus einem der genannten Gründe ein, so hat der Schenker dann, wenn eine Sache geschenkt, und diese noch vorhanden ist, stets die *rei vindicatio*, einerlei, ob die Uebergabe der Sache unter einer Suspensiv- oder unter einer Resolutiv-Bedingung erfolgte, l. 29. h. t., Jhering in s. dogm. Jahrbb. I. S. 124 fg. Außerdem wird auch noch vielfach einer dem Schenker zustehenden *condictio* Erwähnung gethan, vgl. z. B. l. 13. pr., l. 19. fin., l. 23, l. 30, l. 35. §. 3. h. t., l. 12. de cond. causa data (12, 4), l. 38. §. 3. de usur. (22, 1), l. 52. §. 1. de donato inter vir. et uxor. (24, 1); bei der weiten Ausdehnung, welche die neuere Theorie der in rem actio gab, l. 29. h. t. (vgl. Fitting in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsr. II. S. 247 fg. S. 267), kann aber von jener Klage nicht mehr wohl anders die Rede sein, als wenn der Gegenstand der Schenkung überhaupt keine Sache ist, oder wenn die geschenkte Sache nicht mehr vorhanden ist, v. Savigny S. 253 fgg., Keller S. 348 fgg. — Mit dem geschenkten Gegenstande selbst müssen der Regel nach auch die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte herausgegeben werden, sofern nicht erhellt, daß dieselben inter vivos geschenkt sein sollen, l. 12. de cond. causa data (12, 4), l. 38. §. 3. de usur. (22, 1), wogegen aber auch der Schenker die auf die geschenkte Sache gemachten Verwendungen ersetzen muß, l. 14. h. t.

II. Von der Anwendung der Legaten-Theorie auf die m. c. donatio. §. 562.

1) *Justinian*. l. 4. C. h. t.: Quum de mortis causa donatione dubitabatur, et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt, et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus, omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere, neque exspectare publicarum personarum praesentiam, et ea, quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi. Sed

ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis, vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur.

2) §. 1. J. de donat. (2, 7): — — Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam trahebant: a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra constitutio [l. 4. C. h. t.] eam formavit.

3) Nov. 87. praef.: — -- Scientes enim, quod nos invenientes vetustos legumlatores, dubitantes de mortis causa donatione, utrum donatio an legatum sit, et illos quidem connumerantes ipsam donationi, quosdam vero legatis, ea quae pluribus et optimis legislatoribus visa sunt eligentes, legatum ipsam esse omnimodo decidimus, nec confectione monumentorum egere, sed licentiam habere facere ipsam et inserere ipsi etiam certos fines, quos donator voluerit, et si hoc fecerit, licentiam habere renunciare etiam huic ipsi facultati, qua possit poenitere super talibus donationibus, revocare, et quos utique voluerit terminos inserere mortis causa donationibus, sicuti Julianus sapientissimus constituit, quod quidem nos in trigesimo nono nostrorum Digestorum scripsimus. Omnia enim comprehendimus in brevi, et quae vetustis et quae nobis placita sunt.

Anm. Aus der in der Anm. zum vorigen §en gegebenen Entwicklung des Wesens der m. c. donatio geht mit augenscheinlicher Evidenz hervor, daß es keinem römischen Juristen je eingefallen sein kann, dieselbe den Legaten zuzuzählen, wie dies doch Justinian in T. 1. 2. und 3. zu erzählen scheint. Vielmehr konnte der hier von Justinian erwähnte und entschiedene Streit schlechthin nicht das eigentliche Wesen der m. c. donatio betreffen, sondern nur einzelne, das Wesen derselben nicht berührende Anwendungen der Legatentheorie, und wahrscheinlich verhielt es sich damit so, daß einige Juristen die gleich zu nennenden gesetzlichen Fälle einer solchen Anwendung auch auf andere ähnliche, nicht schon durch Gesetz entschiedene, ausdehnten, während andre Juristen einer

solchen Ausdehnung wegen der ganz verschiedenen Natur der Legate und Schenkungen Todes halber widersprachen. In Justinian's Digesten ist dieser Streit ganz ausgemerzt, indem da nur in Folge der vor der Pandekten-Kompilation (im J. 530) erlassenen l. 4. C. h. t. diejenigen Juristen exzerpirt sind, welche für die Anwendung der Legatentheorie waren. Es sind aber die hierher gehörigen Fälle in der Regel solche, in denen man leicht die bei Legaten geltenden Grundsätze durch eine Schenkung Todes halber hätte umgehen können. Im Einzelnen gehören folgende hierher:

1) Vermöge spezieller gesetzlicher Vorschrift sind Schenkungen Todes halber und Legate in folgenden Fällen gleichgestellt worden:

a) Die lex Furia sowohl, wie die lex Voconia gingen nicht blos auf Legate, sondern auch auf mortis causa donationes, Gai. II. 225. 226, IV. 23, Ulp. I. 2.

b) Zur Uebernahme der sacra privata waren in der zweiten Klasse nicht blos Legatare, sondern auch Todes halber Beschenkte gerufen, Cic. de legib. II. 19, vgl. v. Savigny in der gesch. Zeitschr. II. S. 366.

c) Durch einen Senatsbeschluß, dessen Alter uns unbekannt ist, wurden die Bestimmungen der lex Julia et Pap. Poppaea über Kapazität auch auf mortis causa donationes ausgedehnt, l. 35. h. t., vgl. l. 9. eod. (s. oben S. 79), und offenbar nur mit Beschränkung auf diesen Senatsbeschluß sind, wie insbesondre auch aus der Inskription hervorgeht, die allgemein lautenden Worte Ulpians in l. 37. h. t. zu verstehen:

> Ulp. libr. XV. ad leg. Juliam et Papiam: „Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum".

Dieser Senatsbeschluß wurde dann auch auf die durch die lex Junia Norbana herbeigeführte Inkapazität der Latini Juniani angewendet, Vat. fr. §. 259, vgl. meine Lat. Jun. S. 118 fgg.

d) Durch eine Konstitution von Septimius Severus wurde das Recht der Falzidischen Quart auch auf Schenkungen Todes halber bezogen, l. 2. C. h. t., l. 5. C. ad leg. Falcid. (6, 50), vgl. l. 42. §. 1. h. t.

e) Erst durch Justinian, und zwar nach der l. 4. C. h. t., wurde auch das Anwachsungsrecht, l. un. §. 14. C. de caduc. toll. (6, 51), und das Recht der Muzianischen Kaution auf Schenkungen Todes halber ausgedehnt, Nov. 22. c. 44.

2) Solche durch besondre Gesetze begründete Anwendungen der Legatentheorie wurden dann aber, wie gesagt, von einem Theile der römischen Juristen, deren Meinung Justinian adoptirt hat, auch auf andre Fälle übertragen, und zwar kommen in unsren Quellen insbesondre folgende vor:

a) Im Falle der Insolvenz des Schenkers steht den Gläubigern das Recht zu, die mortis causa donatio zu impugniren, ohne daß sie, wie bei Geschäften unter Lebenden, die Arglist des Schuldners zu beweisen brauchen, „nam quum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint,

possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, *quia legatorum instar obtinent*", l. 17 h. t.

b) Ganz ähnliche Grundsätze werden angewendet, wenn durch eine mortis causa donatio der Pflichttheil des Patrons verletzt wurde; „nec immerito, *mortis causa donationes enim comparantur legatis*, et sicut in legatis non quaerimus, dolo malo factum sit, an non sit, ita nec in m. c. donationibus", l. 1. §. 1. si quid in fraud. patroni (38, 5).

c) Dieselben Regeln, welche im Falle einer bonorum possessio contra tabulas in Betreff der Legate gelten, werden auch auf mortis causa donationes in Anwendung gebracht, l. 3. pr., l. 5. §. 7, l. 20. pr. de legat. praest. (37, 5).

d) Im Falle einer Kapitalstrafe werden Schenkungen auf den Todesfall eben so, wie Legate vernichtet, l. 7. h. t., l. 32. §. 7. de donat. inter. vir. et uxor. (24, 1).

e) Die Kautionspflicht des Usufruktuars wurde „exemplo legatorum" auf mortis causa donationes ausgedehnt, l. 1. §. 2. usufructuar. quemadm. cav. (7, 9).

f) Eben dies geschah mit der bei letzten Willen vorkommenden Unwirksamkeit der conditio jurisjurandi, l. 8. §. 8. de condit. instit. (28, 7).

g) Die Befugniß eines filiusfamilias miles, über das peculium castrense zu testiren, wurde auch auf mort. c. donationes angewendet („ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt"), l. 15. h. t.

h) Auch insofern wird die mort. causa donatio ähnlich, wie ein Vermächtniß behandelt, daß ein Fideikommiß auf dieselbe gelegt werden darf, l. 11. de dote prael. (33, 4), l. 77. §. 1. de leg. II, l. 1. C. h. t., l. un. §. 8. C. de caduc. toll. (6, 51).

i) Endlich beliebte eine Ausdehnung der Legatentheorie auf Schenkungen Todes halber auch noch bei der, dem Wortlaut nach nur auf Testament und Kodizill gehenden oratio des D. Marcus über den Transakt bei legirten Alimenten, l. 8. §. 1. de transact. (2, 15).

Vgl. überhaupt v. Schröter S. 112 fgg., Hasse II. S. 353 fgg., III. S. 378 fgg., v. Savigny S. 267 fgg., Keller S. 352 fgg.

Obwohl nun hiernach allerdings in einer ganzen Reihe von Fällen das Recht der Legate auf Schenkungen Todes halber angewendet wird, so wird doch nirgends eine absolute Gleichstellung beider Rechtsinstitute behauptet, wovon vielmehr das Gegentheil aus den stets wiederkehrenden Ausdrücken: ad exemplum, ad instar legatorum u. dgl. m. erhellt. Noch mehr aber müssen wir uns hiervon überzeugen, wenn wir die, in unsren Quellen vorkommenden, äußerst wichtigen Verschiedenheiten Beider im Einzelnen betrachten:

1) Aus der in der Anm. zum vorigen §en gegebenen Darstellung des Wesens der m. c. donatio geht unmittelbar hervor, daß dieselbe völlig unabhängig ist von dem Schicksal der hereditas. Ob überhaupt und von wem die Erbschaft des Schenkers angetreten wird, ist also völlig gleichgiltig, indem die Schenkung Todes halber ihren vollen Rechtsbestand stets im Augenblicke des Todes erlangt, und damit hängt denn auch der weitere Satz zusammen, daß, während das Eigenthum

einer legirten Sache niemals vor dem Erbschaftsantritt auf den Legatar übergeht, bei der m. c. donatio ganz andere Grundsätze gelten (§. 561. Anm. bei I).

2) Der Begriff der m. c. donatio schließt die Existenz eines Onerirten aus („praesens praesenti dat"), und alle Sätze der Legatentheorie, die sich auf die Person des Onerirten beziehen, fallen daher von selbst bei der Schenkung Todes halber hinweg.

3) Die mortis c. donatio erfordert weder aktive noch passive testamenti factio. Wenn man früher sehr allgemein das Gegentheil behauptete, so ist dies sicher grundlos. Was nämlich die s. g. passive test. factio anbelangt, so beruft man sich dafür nur auf Stellen (vgl. l. 9. 15. 35. h. t.), die blos das oben bei l. c. berührte *capere posse* betreffen, wovon aber natürlich kein Schluß auf testamenti factio gemacht werden kann (s. oben §. 429. Anm. 1. S. 77 fgg.). So ist es denn auch in der That schwer einzusehen, aus welchem Grunde man nicht einem Peregrinen durch traditio oder stipulatio juris gentium hätte mortis causa schenken dürfen, obwohl ihm allerdings nicht legirt werden durfte. — Was aber die aktive testamenti factio anbelangt, so sagen die dafür angeführten Stellen, l. 32. §. 8. de donat. inter vir. et ux. (24, 1), l. 7. §. 6. de donat. (39, 5) nur, daß da, wo ausnahmsweise die testamenti factio gestattet sei, z. B. bei dem Haussohne in Betreff des peculium castrense, um so mehr auch Fähigkeit zu Schenkungen Todes halber vorhanden sei, woraus doch offenbar nicht geschlossen werden darf, daß diese Fähigkeit nur da angenommen werden dürfe, wo auch testamenti factio vorhanden sei. Eben so wenig beweisend ist auch l. 1. §. 1. de tut. et rat. distrah. (27, 3), denn da ist dem Pupillen die Fähigkeit, mortis causa zu schenken, nicht deßhalb abgesprochen, weil er keine testam. factio habe, sondern beide werden nur mit einander verglichen. Vgl. auch Hasse II. S. 360 fgg., v. Schröter S. 118 fgg., v. Savigny S. 259 fgg., *Fester* cit. p. 20 sqq. Daß auch der Haussohn mit Einwilligung des Vaters aus dem peculium profecticium giltig Todes halber schenken, nicht aber legiren kann, ist schon an einem andren Orte ausgeführt worden (s. oben S. 73).

4) Während bei einem Legate die freie Widerruflichkeit durch keinerlei Vertrag beschränkt werden kann, verhält sich dies, wie wir oben sahen, bei der mort. causa donatio anders (§. 561. Anm. bei II).

5) Durch Anstellung einer querela inofficiosi testamenti gehen zwar wohl Legate, aber nicht mortis causa donationes verloren, l. 5. §. 17. de his, quae ut indign. auferuntur (34, 9): „Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario".

6) Bei einer mortis c. donatio ist von dem interdictum quod legatorum keine Rede, l. 1. §. 5. quod legat. (43, 3).

7) Durch m. c. donatio kann niemals Universal-Succession entstehen (s. oben §. 561. Anm. bei I).

8) Die m. c. donatio jährlicher Renten wird insofern ganz anders, wie das annum legatum behandelt, daß dort nur eine Schenkung besteht, während bei dem letztren bekanntlich mehrere Legate angenommen werden, l. 35. §. ult. h. t.

Vgl. überhaupt Müller §. 29 fgg. (S. 73 fgg.), v. Schröter S. 117 fgg., *Fester* cit. p. 20 sqq.

Während also in vielen Beziehungen die m. c. donatio unter die Legaten-Theorie subsumirt wird, finden wir doch auch eine ganze Reihe wichtiger Differenzpunkte in den Gesetzen bemerkt, und der Grundgedanke dabei ist augenscheinlich kein andrer, als daß überall, wo der eigenthümliche Begriff der m. c. donatio, als einer vom Erblasser selbst, ohne Vermittlung einer Zwischenperson, ausgehenden, und nicht erst aus der Herebitas bewerkstelligten Vermögens-Vermehrung, entscheidend eingreift, die Anwendung der Legaten-Theorie gänzlich ausgeschlossen ist, sondern vielmehr diejenigen Sätze gelten, die sich als Konsequenzen jenes Begriffs ergeben, und daß also die Legaten-Theorie nur bei solchen Fragen zur Norm dienen kann, die unbeschadet jener selbstständigen Natur der m. c. donatio so oder anders entschieden werden durften. Dieses Ergebniß, welches uns mit voller Sicherheit aus den einschlägigen Pandektenstellen entgegentritt, muß denn auch gewiß als dem Justinianischen Rechte angehörig angenommen werden; denn es ist nicht nur äußerst sachgemäß, sondern wir sind auch vollkommen zu der Annahme berechtigt, daß das Pandektenrecht in vollen Einklang mit der l. 4. C. cit. gebracht ist, da ja diese Konstitution vor der Pandektenarbeit erlassen wurde, und da Justinian überdies selbst in Nov. 87. durch die Verweisung auf das 39. Buch der Digesten deutlich genug zu erkennen gibt, daß er die Digesten und seine Konstitution als ein Ganzes, in welchem kein Widerspruch sei, betrachtet wissen wolle. Nach jenem Prinzip müssen denn also auch die nicht in unsren Gesetzen speziell entschiedenen Fragen beantwortet werden, und so nehme ich z. B. keinen Anstand, in der Lehre von den Bedingungen, von Kollation, von querela inofficiosae donationis u. dgl. die m. c. donatio unter die Legaten-Theorie zu subsumiren, während ich auf der andren Seite nicht weniger überzeugt bin, daß z. B. der Todes halber Beschenkte niemals auf das dem Legatar zustehende gesetzliche Pfandrecht Anspruch machen kann, weil dasselbe einen Onerirten voraussetzt, und ein solcher bei der m. c. donatio nicht vorkommt, daß mit dem Widerruf der Legate nicht auch die Schenkungen Todes halber widerrufen sind u. dgl. m. Vgl. auch Mayer, Legate §. 14.

III. Von den Formen der mortis causa donatio. §. 563.

Anm. Man darf es als ausgemacht ansehen, daß der Streit der römischen Juristen über die Natur der m. c. donatio die Form dieses Rechtsgeschäfts auch nicht entfernt berührte, und eben so wenig Zweifel leidet es, daß auch in der späteren Kaiserzeit ausschließlich die Formen der Schenkung unter Lebenden darauf angewendet wurden, indem sogar gesetzlich eine Gleichstellung beider Arten von Schenkung in formeller Beziehung vorgeschrieben war, Vat. fr. §. 249, l. 1. C. Th. de donat. (8, 12), l. 25. C. J. de donat. Eine Neuerung nahm Justinian in der l. 4. C. h. t. (s. T. 1. zum vorigen §en) vor, aber leider sind auch die neuesten Bearbeiter unsrer Lehre über den wahren Inhalt und die Bedeutung dieser Konstitution keineswegs einig.

I. Geben wir uns mit völliger Unbefangenheit dem Eindruck hin, den die l. 4. cit. auf uns machen muß, so kommen wir zu folgendem einfachen Ergebniß·

Der Kaiser verordnet, daß keine m. c. donatio der Insinuation mehr bedürfen solle, sondern an deren Stelle könne die Zuziehung von fünf Zeugen treten, und es solle dann die Schenkung deshalb, weil sie nicht insinuirt sei, nicht weniger wirksam sein. Daraus folgt unmittelbar:

1) Diese neue Vorschrift geht offenbar nur auf diejenigen Schenkungen, die der Regel nach einer Insinuation bedurften, also nur auf große Schenkungen, da die 5 Zeugen ja eben nur ein Surrogat jener Insinuation sein sollen. In Beziehung auf kleine Schenkungen bleibt es also gänzlich bei dem früheren Rechte.

2) Uebersteigt aber die Schenkung Todes halber die Summe von 500 solidi, dann soll der Schenker die Wahl haben, ob er Insinuation in Anwendung bringen, oder fünf Zeugen zuziehen will.

Vgl. auch v. Schröter a. a. O. S. 135 fgg., Elvers, prakt. Arbeiten. Rost. 1836. S. 12 fgg., v. Savigny a. a. O. S. 261 fgg., Sintenis III. §. 216. Not. 21, Arndts §. 589, Heimbach a. a. O. S. 716, Seuffert's Arch. XV. 146. bei II.

Dagegen aber hat eine sehr verbreitete Meinung von jeher angenommen, Justinian habe in der l. 4. C. cit. eine neue ausschließliche Form für alle Schenkungen Todes halber eingeführt, und noch neuerlich ist diese Ansicht nicht ohne Feinheit von Wiederhold a. a. O. vertheidigt worden; vgl. auch prakt. Arch. II. S. 158 fgg., Seufferts Arch. VII. 211. 336, XV. 146. bei I. Sein Hauptargument besteht darin, daß nach der anderweiten Meinung es dem Gesetze an allem logischen Zusammenhang fehlen würde, denn offenbar solle doch die neue Formbestimmung im Kausalzusammenhang stehen mit der Entscheidung des früheren Streites über die rechtliche Natur der m. c. donatio; wenn man nun aber den Kaiser sagen lasse: „der frühere Streit der Juristen über die Natur der m. c. donatio soll dahin entschieden werden, daß dieselbe wie ein Legat zu behandeln ist, und in Folge davon verordnen wir, daß bei großen Schenkungen der Schenker die Wahl haben soll zwischen Insinuation und Zuziehung von fünf Zeugen", so sei doch hierin ein folgerichtiger Zusammenhang sicher nicht zu finden, während sich dies offensichtlich ganz anders verhalte, wenn man die von den Legaten hergenommene Form als die für alle Schenkungen ausschließlich eingeführte annehme. Dieser Argumentation würde man dann beitreten müssen, wenn der Kaiser den Streit über die m. c. donatio dahin entschieden hätte, daß dieselbe ganz und vollständig wie ein Legat behandelt werden solle, und wenn man dann weiter annehmen dürfte, daß die neue von Justinian hier eingeführte Form die reine und vollständige Kodizillarform sei. Aber keine dieser beiden Voraussetzungen ist begründet, wie Wiederhold selbst nicht verkennt, denn Justinian hat nicht die m. c. donatio zu einem Legat machen, sondern sie nur, unbeschadet ihres eigenthümlichen Wesens dem Legate annähern wollen, und gerade darum hat er auch nicht daran denken können, die vollständige Kodizillarform dafür einzuführen, da diese wesentlich nur für einseitige Willenserklärungen passend ist. Demnach scheint mir der Gedankengang des Kaisers in l. 4. C. cit. einfach folgender zu sein: „Der Streit der früheren Juristen über die Anwendung der Legatentheorie auf die m. c. donatio soll dahin entschieden sein, daß allerdings die Legatentheorie dabei zur Anwendung kommen soll, soweit dies nur

irgend die eigenthümliche Natur jener Schenkung gestattet, und diese Annäherung der m. c. donatio an das Legat soll auch in Beziehung auf die Form insofern sichtbar sein, daß der Schenker nicht nothwendig die, ihm vielleicht lästigen, Formalitäten der Schenkung, namentlich Insinuation, anwenden muß, sondern dieselbe auch, ähnlich wie ein Vermächtniß in der Weise errichten darf, daß er, Statt jener Schenkungs-Formalitäten, fünf Zeugen zuzieht". Nach dieser Auffassung möchte schwerlich der Vorwurf gerechtfertigt sein, daß es den einzelnen Theilen des Gesetzes an innerm Zusammenhange fehle. — Wenn sich aber Wiederhold für seine Meinung, daß die neue Form für alle Schenkungen, nicht blos für die großen eingeführt sei, noch besonders darauf stützt, weil ja zur Zeit der l. 4. C. cit. jede m. c. donatio der Insinuation bedurft habe, denn die l. 34. C. de donat., wodurch die Nothwendigkeit der Insinuation auf Schenkungen über 300 solidi beschränkt sei, rede blos von Schenkungen unter Lebenden, und bei der m. c. donatio sei es demnach bei dem früheren Rechte geblieben, wonach bei jeder Schenkung, einerlei ob groß oder klein, Insinuation nöthig gewesen sei: so muß ich auch die Grundlage dieser Argumentation für irrig halten; denn mit keinem Worte deutet Justinian in l. 34. C. cit. an, daß er nur an die Schenkung unter Lebenden denke, sondern ganz allgemein spricht er von „*omnis* donatio, sive communis, sive ante nuptias facta", und ganz willkürlich würde es danach sein, die m. c. donatio von der Begünstigung dieses Gesetzes ausnehmen zu wollen.

II. Daß Justinian zu den fünf Zeugen, deren er in der l. 4. C. cit. Erwähnung thut, durch die Vergleichung der m. c. donatio mit dem Legate gekommen ist, kann nicht wohl verkannt werden und aus diesem Grunde müssen denn auch wohl gewiß diese fünf Zeugen alle Qualitäten der Kodizillar-Zeugen an sich tragen. Weiter zu gehen, giebt es keinen Grund, und so muß ich namentlich die häufig, und neuerlich auch wieder von v. Savigny a. a. O. S. 563. und Heimbach a. a. O. S. 717. vertheidigte Ansicht für irrig halten, daß mit den fünf Zeugen im Sinne des Kaisers eben nur die ganze und reine Kodizillarform bezeichnet sein solle, so daß also namentlich auch unitas actus, und im Falle schriftlicher Errichtung Unterschrift der Zeugen erforderlich sei; denn alles dies hängt augenscheinlich so innig mit dem Wesen eines Kodizills als einer einseitigen letztwilligen Erklärung zusammen, daß man es sicher nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift auf Schenkungen Todes halber anzuwenden befugt ist. Kann man aber nicht annehmen, daß Justinian bei diesen fünf Zeugen an die reine und ganze Kodizillarform gedacht habe, so fallen damit auch von selbst die weiteren Konsequenzen, die man aus dieser Annahme zu ziehen pflegt, als haltlos zusammen, und so müssen wir es für gänzlich irrig halten, daß, wer Kodizille mit weniger, als fünf Zeugen, errichten könne, auch bei der m. c. donatio nicht gerade fünf Zeugen Statt der Insinuation zuziehen müsse, daß man die Grundsätze über das s. g. Oralfideikommiß auch auf Schenkungen Todes halber anwenden dürfe, und daß diese auch in einem Testamente errichtet werden könnten. Allen diesen und ähnlichen Behauptungen liegt der gemeinschaftliche Irrthum zu Grunde, daß man etwas mortis causa donatio nennt, was es nicht ist und nicht sein kann. Allerdings zwar kann der Erblasser

auch in einem Testamente oder Kodizille sagen, er schenke Jemanden 100 Todes halber, und eine solche Erklärung ist ohne Zweifel giltig und wirksam, aber nur nicht als mortis causa donatio; sondern es ist dies eben nur ein reines gewöhnliches Vermächtniß, welches ausschließlich unter der Legatentheorie steht, und auf welches keine einzige der Eigenheiten der mortis causa donatio angewendet werden darf.

Achtes Kapitel.

Von den bona vacantia und ereptoria.

I. Von den bona vacantia. §. 564.

Cod. X. 10. de bonis vacantibus et de incorporatione. — Majer, die Succession des Fiskus. Ulm 1784, Glück, Intestaterbf. §. 206 fgg. (S. 766 fgg.), Roßhirt, Einl. in das Erbrecht S. 218 fgg., Blume im Rhein. Mus. IV. S. 212 fgg., v. Buchholtz, jur. Abh. Nro. 4. S. 106 fgg., Elvers, praktische Arbeiten Nro. 2. S. 42 fgg., Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 146 fgg., *Schmidt*, de successione fisci in bona vacantia ex jure Rom. Jen. 1836, v. Schröter in Gießer Zeitschr. X. 3. S. 89 fgg., Recens. der zwei letzten Schriften in Richters krit. Jahrb. I. S. 309 fgg. (unter diesen neuern Schriften über bona vacantia herrscht das eigenthümliche Verhältniß, daß früher Blume und Buchholtz, und später Elvers, Schneider, Schmidt und Schröter ganz gleichzeitig und unabhängig von einander gearbeitet haben, wozu dann noch kommt, daß Elvers auch nicht einmal seine beiden Vorgänger Blume und Buchholtz gekannt hat), v. Rummel, das Verhältniß des Fiskus zu den bona vacantia. Dorp. 1840, Heimbach in Weiske's Rechtslex. III. S. 939 fgg., Keller, Grundriß zu Institt. S. 275 fgg.

Anm. Die Frage, ob der Fiskus in Betreff der bona vacantia als Universal- oder als Singular-Successor betrachtet werden müsse, war von jeher streitig, und ist namentlich auch in unsren Tagen vielfach besprochen worden. Die Mehrzahl der neueren Juristen spricht sich für die Universal-Succession desselben aus (vgl. sämmtliche oben zitt. Schriftsteller mit Ausnahme von Blume

und Elvers, und dazu Mühlenbruch, Lehrb. §. 612a, Fritz in v. Wening's Lehrb. B. V. §. 40, Puchta, Lehrb. §. 564, Seuffert, Lehrb. §. 563, Göschen, Vorles. §. 932. a. E., Gans, Erbr. II. S. 406, Hunger, Erbr. S. 432, Mayer, Erbr. I. §. 72. Not. 9, Witte, preuß. Intestaterbr. §. 48, Sintenis III. §. 195. Not. 9, Arndts, Lehrb. §. 608, Brinz, Pand. S. 972 fg., Keller a. a. O. und Pand. §. 594, Tewes I. §. 18, Unger, östr. Erbr. §. 90. Not. 8. u. A. m.), obwohl doch auch h. z. T. die entgegengesetzte Meinung, wonach der Fiskus Kraft Hoheitsrechts als privilegirter Occupant, und eben darum als Singular-Successor sich zu den **bona vacantia** hinziehen dürfe, zahlreiche und ansehnliche Vertheidiger gefunden hat (vgl. bes. Blume und Elvers citt., und außerdem z. B. Schweppe, Lehrb. §. 981b, Mejer in Schweppe's Handb. §. 981a, v. Wening in den von ihm selbst besorgten Ausgaben des Lehrb. Buch V. §. 40, Valett, Lehrb. §. 954. u. A. m.). Nach meiner Ueberzeugung ist die Ansicht, wonach der Fiskus als Universal-Successor in die bona vacantia eintritt, die in unsren Quellen allein begründete. Es kommt hierbei im Wesentlichen auf folgende Punkte an:

I. Ganz entscheidend für die richtige Meinung ist der Grundsatz, daß der Fiskus in Betreff der bona vacantia eine ***hereditatis petitio*** hat, ein Grundsatz, der durch ein unzweideutiges, von Blume sowohl als Elvers übersehenes Quellenzeugniß außer Zweifel gesetzt wird. Nach l. 20. §. 7. de H. P. (5, 3) soll nämlich das bekannte Hadrianische Senatuskonsult über die her. petitio (das s. g. SC. Juventianum) auch dann Anwendung finden, „**si vacantia bona fisco vindicentur**", woraus von selbst hervorgeht, daß diese vindicatio eben nichts als die ***hereditatis*** vindicatio sein kann, vgl. auch *Schmidt* cit. p. 82 sqq., v. Schröter a. a. O. S. 104 fgg.

II. Für den Fall, daß der Fiskus die ihm zugefallenen bona vacantia an einen Dritten veräußert hat, enthalten unsre Quellen die bestimmte Vorschrift, daß ein solcher Käufer ähnlich, wie ein Universal-Fideikommissar eine **utilis hereditatis petitio** haben soll, „**per quam universa bona persequatur**", **l. 54. pr. de H. P.**

> ***Julianus.*** „**Ei, qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur, quemadmodum ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur**".

woran sich konsequent die weiteren Bestimmungen anschließen, wonach die **actiones hereditariae** als **utiles** aktiv und passiv auf ihn übergehen, **l. 13. §. 9. de H. P., l. 41. de jure fisci (49, 14), l. 1. C. de hered. v. act. vend. (4, 39).** Daß also ein solcher Käufer wirklicher Universal-Successor ist, ist unbestreitbar (vgl. auch Arndts in Gießer Zeitschr. XIX. S. 22 fgg.), und dadurch ist der Schluß gerechtfertigt, daß auch der Verkäufer, also der Fiskus, Universalsuccessor sein müsse. Elvers erwähnt dieses wichtigen, seiner Ansicht so bestimmt widerstreitenden Umstandes gar nicht, Blume führt ihn zwar an, hält ihn aber darum nicht für entscheidend, weil ja auch sonst bekannt sei, daß der Fiskus seinem Käufer mehr Recht gewähren könne, als er selbst habe (Blume a. a. O. S. 218), ein Einwand, welcher, abgesehen von vielem Andren, was sich dagegen

vorbringen läßt, schon darum nicht durchgreift, weil jenes von Blume hierher gezogene Vorrecht des Fiskus bekanntlich erst aus einer viel späteren Zeit herstammt, l. 2. C. de quadr. praescr. (7, 37), §. ult. J. de usuc. (2, 6), und überdies Julian in l. 54. de H. P. auch nicht entfernt auf ein exorbitantes Privilegium des Fiskus hindeutet, vgl. *Schmidt* p. 80 sqq., v. Schröter S. 132 fgg. — Wenn aber Blume S. 216 fgg. aus dem Satze, daß der Käufer der bona vacantia den Erbschaftsgläubigern ausschließlich haftet, und diese keinen Anspruch gegen den Fiskus haben, l. 1. C. de hered. v. act. vend. (4, 39), sogar ein wichtiges Argument für seine Meinung ableiten will, indem daraus hervorgehen soll, daß der Fiskus nicht heredis loco sei, sondern den Gläubigern nur als Occupant, und also auch nur so lange hafte, als er Besitzer der Gütermasse sei, so kann man damit schwerlich übereinstimmen. Da nämlich Obligationen, die einmal bei Jemanden zur Entstehung gekommen sind, der Regel nach auf einen Singular-Successor niemals übergehen können, und es dabei auch ganz gleichgiltig ist, wie diese Obligationen entstanden sind, so bleibt die Bestimmung, daß der, welcher die bona vacantia vom Fiskus gekauft hat, ausschließlich in die Erbschaftsschulden eintritt und der Fiskus davon gänzlich entbunden wird, ganz eben so unerklärt, mag man nun die anfängliche Obligirung des Fiskus aus einer angeblichen Occupation der bona vacantia, oder mag man sie aus einer Universal-Succession des Fiskus ableiten. Es ist dies jedenfalls ein ganz singulärer zu Gunsten des Fiskus eingeführter Rechtssatz, der für unsre Streitfrage von keiner unmittelbaren Bedeutung ist, und der sich am Leichtesten daraus erklärt, daß man nach dem Vorgange Julian's in l. 54. de H. P. den Käufer der bona vacantia mit einem Universal-Fideikommissar in Parallele stellte.

III. Der Fiskus ist verpflichtet, die vom Testator ausgesetzten Vermächtnisse, singuläre sowohl als universelle, auszuzahlen, l. 96. §. 1, l. 114. §. 2. de leg. I, l. 2. §. 1. de alim. et cibar. leg. (34, 1), l. 14. de jure fisci (49, 14), cf. §. 1. fin. J. de eo, cui libert. causa (3, 10), l. 4. §. 17. de fideic. libert. (40, 5), und dabei ist er denn auch zum Abzug der Falzidischen und resp. Trebellianischen Quart berechtigt, l. 3. §. 5. fin. ad SC. Trebell. (36, 1), wie er auch auf der andren Seite den durch das SC. Pegasianum eingeführten Zwang zum Erbschaftsantritt sich gefallen lassen muß, l. 6. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1). Daß alle diese Sätze ungezwungen nur durch die Annahme einer Universal-Succession des Fiskus erklärt werden können, bedarf keiner besondren Ausführung. — Streitig ist aber hierbei der Umfang, in welchem dem Fiskus jene Verbindlichkeit zur Auszahlung der Vermächtnisse obliege. Soviel ist hier jeden Falls gewiß, daß er diejenigen Vermächtnisse auszahlen muß, womit ihn der Erblasser ausdrücklich für den Fall, daß die bona vacantia werden sollten, onerirt hat, l. 114. §. 2. de leg. I:

> *Marcian.* „Qui intestato decedit, et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest",

und danach kann denn auch nicht bezweifelt werden, daß er auch diejenigen Vermächtnisse zu prästiren hat, welche in Intestatkodizillen oder in solchen Testamenten, welchen die Kodizillarklausel beigefügt ist, ausgesetzt sind. Hierbei

bleiben aber auch Viele stehen, indem sie eine weiter gehende Verbindlichkeit des Fiskus nicht anerkennen wollen; denn sei dem Testamente keine Kodizillarklausel beigefügt, so werde ja nach bekannten Grundsätzen, wenn Niemand daraus Erbe werde, der gesammte Inhalt des Testaments hinfällig, und wie in solchem Falle Intestaterben, welche sich zu der Erbschaft hinzögen, dergleichen Vermächtnisse nicht anzuerkennen hätten, so könne noch um so weniger der Fiskus, der erst hinter den Intestaterben zur Erbfolge komme, dazu angehalten werden, vgl. z. B. Glück, Roßhirt, Blume, *Schmidt*, Witte an den angeff. Orten. Andre aber gehen weiter, und verpflichten den Fiskus, selbst diejenigen Vermächtnisse auszuzahlen, die in einem testam. destitutum, dem keine Kodizillarklausel beigefügt ist, hinterlassen sind, vgl. z. B. Elvers, Schneider, v. Schröter, v. Rummel an den angeff. Orten, Francke, Beiträge I. S. 158 fgg., und diese letztre Ansicht ist auch gewiß die in unsren Quellen allein begründete. Ueberall nämlich wird da diese Verbindlichkeit des Fiskus ganz allgemein anerkannt, ohne daß auch nur entfernt jene von den Gegnern angenommene Unterscheidung angedeutet würde, und namentlich spricht die l. 96. §. 1. de leg. I: *Julian.* „Quoties lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta sunt",

jenen Grundsatz so unumwunden und generell aus, daß man ohne die äußerste Willkür dabei jene angebliche Distinktion nicht subintelligiren darf. Dieß erkennen denn auch die Gegner an, glauben aber die l. 96. cit. durch die Behauptung beseitigen zu können, daß dieselbe gar nicht von bona vacantia, sondern von bona *caduca* rede. Es würde aber diese Behauptung selbst dann, wenn wir nur bei dem ursprünglichen, von Julian selbst in jene Worte gelegten, Sinne stehen bleiben wollten, äußerst gewagt sein, denn der gewöhnlich angeführte Grund, daß ja die Erwähnung der lex *Julia* deutlich auf die bona caduca hinweise, paßt darum nicht, weil nach dem völlig unverwerflichen Zeugniß von Ulpian XXVIII. 7. durch die lex Julia nicht blos das Recht der bona caduca, sondern auch das Recht der bona vacantia eingeführt worden ist. Geradezu unmöglich und völlig verwerflich scheint mir aber jene Behauptung im Sinne des Justinianischen Rechts; denn daß eine Stelle, deren Wortausdruck auf bona vacantia geht, nicht von den diesem Rechte ganz unbekannten bona caduca verstanden werden dürfe, versteht sich doch wohl ganz von selbst. Es wird aber auch unsre, dem klaren Wortsinn nach allein mögliche Auslegung der l. 96. cit. noch wesentlich dadurch unterstützt, daß auch noch in andren Stellen für eine spezielle Art der Vermächtnisse, nämlich für legirte Freiheit ganz entschieden derselbe Grundsatz ausgesprochen wird, den wir in der l. 96. cit. für alle Arten von Legaten ausgesprochen finden, daß nämlich der Fiskus dieselben stets anerkennen muß, mag dem Testamente, in welchem sie hinterlassen sind, eine Kodizillarklausel beigefügt sein oder nicht, vgl. §. 1. J. de eo, cui libert. causa (3, 10), l. 4. §. 17. de fideic. libert. (40, 5). Wenn diese Stellen isolirt daständen, so könnte man dabei wohl an einen singulären favor libertatis denken, aber in Verbindung mit den andren oben angeführten Gesetzen darf man dieselben gewiß nur als Konsequenzen eines allgemeineren Grundsatzes

auffassen. Wirklich möchte auch dieser Grundsatz gar nichts so Auffallendes haben, wie man gewöhnlich annimmt, wenn man nur erwägt, daß das Recht des Fiskus auf die bona vacantia kein so ursprüngliches und auf innern Gründen beruhendes ist, wie das Successionsrecht der eigentlichen Intestaterben, und daß man eben darum leicht dazu kommen konnte, einen solchen, man möchte fast sagen, mehr zufälligen Gewinn mit größeren Beschränkungen zu verknüpfen, als das wohlbegründete Recht der eigentlichen Intestaterben. Ueberdies sollte auch offensichtlich durch dergleichen humane Bestimmungen das Gehässige der durch die lex Julia so zahlreich eingeführten fiskalischen Erwerbungen möglichst gemildert werden.

IV. Der Fiskus tritt in alle Obligations-Verhältnisse des Verstorbenen ein. In Betreff der Forderungen ist dies unbestritten, und freilich darf dies, abgesehen von vielen andern Gründen, auch um so weniger bezweifelt werden, da er ja jedenfalls mit seiner hered. petitio gegen Erbschaftsschuldner aufzutreten befugt sein würde, l. 13. §. 15, l. 14. 15. 16. pr. §. 3. de H. P., vgl. auch arg. l. 1. C. de donat. inter vir. et uxor. (5, 16). Was aber die Schulden anbelangt, so ist zwar im Allgemeinen die Verbindlichkeit des Fiskus ebenfalls anerkannt, aber sehr streitig ist der Umfang dieser Verbindlichkeit; denn während sehr Viele denselben schlechthin nur bis zu dem Bestand der Masse haften lassen, vgl. z. B. Roßhirt, Blume, Elvers, Schneider, Rummel a. d. angeff. Orten, halten Andre diese Beschränkung für ungegründet, sofern nicht etwa der Fiskus von der, ihm natürlich nicht weniger als andern Erben zuständigen, Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch gemacht habe, vgl. z. B. Glück, Buchholtz, Schmidt, Schröter a. d. angeff. Orten. Ich halte die letztere Ansicht für die richtigere, indem diese sich konsequent aus unseren bisherigen Erörterungen über das Wesen der fiskalischen Succession ergibt, und keine gesetzlichen Bestimmungen dagegen vorkommen. Zwar berufen sich die Gegner auf l. 11. de jure fisci (49, 14).

> *Javolenus.* „Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt; id enim bonorum cujusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest“,

und auf l. 1. §. 1. eod.:

> *Callistratus.* „An bona, quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit, etiam ea, quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam ejus Edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneant, si ex his fisco acquiri nihil possit“,

indem daraus hervorgehen soll, daß eine überschuldete Erbschaft dem Fiskus überhaupt gar nicht deferirt werde, sondern darüber nothwendig Konkurs erkannt werde, und daß überhaupt der wahre Gegenstand der fiskalischen Succession nur der Reinertrag nach Abzug der Schulden sei; vgl. auch noch Dernburg, Kompensat. S. 319 fg. Not. Nach meiner Meinung mit Unrecht. Offenbar ist nämlich in l. 11. cit. nicht gesagt, daß der Fiskus nur bis zum Betrag des Vermögens hafte, sondern daß er jedenfalls so weit hafte, und ein Gewinn sich für ihn nur dann ergeben könne, wenn nach Abzug aller Schulden noch

etwas übrig bleibe. In l. 1. §. 1. cit. ist aber der Gedankengang des Callistratus folgender: Zunächst wird im Eingang der Stelle eine frühere, namentlich auch von Labeo vertheidigte Meinung angeführt, wonach die bona vacantia dem Fiskus stets *ipso jure* zufallen sollten, einerlei ob sie überschuldet seien oder nicht; eine Meinung, welche wahrscheinlich durch die Fassung der lex Julia veranlaßt war, und man braucht sich, um dies erklärlich zu finden, den hierher gehörigen Passus dieses Gesetzes nur etwa mit *Schmidt* cit. p. 52. so zu denken: bona caduca ad fiscum pertinento. Nach dieser Relation der Labeonischen Meinung fährt dann Callistratus fort: „Gegen diese Ansicht ist aber ein Edikt erlassen, wonach [dem Fiskus die bona vacantia nie mehr ipso jure zufallen, sondern die Annahme stets von seinem Willen abhängen soll, und folglich] dann, wenn dem Fiskus aus der Annahme kein Vortheil erwächst [und er also ausschlägt], die Erbschaft den Kreditoren zum Zweck des Verkaufs überantwortet wird". Daß der eigentliche Hauptinhalt des Edikts gerade der war, den Gedanken an einen ipso jure eintretenden Erwerb auszuschließen, und daß dann nur in Folge davon die Möglichkeit (nicht die Nothwendigkeit) einer Konkurseröffnung im Falle der Ueberschuldung anerkannt wurde, geht, abgesehen von der offensichtlichen Natürlichkeit einer solchen Bestimmung, insbesondre auch noch daraus hervor, daß wir wirklich in der späteren Zeit es als einen völlig ausgemachten Rechtssatz finden, daß dem Fiskus die bona vacantia nur deferirt werden, und er die freie Befugniß hat, dieselben anzunehmen oder auszuschlagen, vgl. §. 1. J. de eo, cui libert. causa (3, 10), l. 6. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 4. §. 17. 19. 20. de fideic. libert. (40, 5), l. 5. C. de bon. auctor. jud. poss. (7, 72), womit dann auch noch die späteren kaiserlichen Verordnungen über die bei der Inkorporation der bona vacantia zu beobachtenden Solennien zu verbinden sind, l. 3, l. 5. C. h. t. Daß nach dieser, doch gewiß ungezwungenen Auffassung der l. 1. §. 1. cit. daraus schlechthin kein Argument für die gegnerische Meinung entnommen werden kann, leuchtet von selbst ein, und eben so wenig kann sich auch dieselbe darauf stützen, daß ja nach den Vorschriften der l. 3. und l. 5. C. h. t. bei der Inkorporation der bona vacantia stets Inventarisation nöthig, und folglich jedenfalls der Fiskus vermöge der Rechtswohlthat des Inventars gegen Nachtheil gesichert sei. Daß dieses nämlich nicht in dem ursprünglichen Plane dieser Gesetze liegen konnte, versteht sich von selbst, da zur Zeit ihrer Abfassung das benef. inventarii noch gar nicht existirte; um aber die Justinianische Verordnung über diese Rechtswohlthat hierher ziehen zu dürfen, genügt nicht die Beobachtung der in l. 3. und l. 5. cit. vorgeschriebenen Formen, sondern es müssen genau und vollständig die Vorschriften der l. 22. C. de jure delib. (6, 30) befolgt werden, und unter dieser Voraussetzung nehmen ja auch wir an, daß der Fiskus nicht über den Bestand der Masse hafte. Eher als für die gegnerische läßt sich noch aus der l. 5. C. cit. ein Argument für unsre Meinung ableiten, indem dort gesagt wird, daß, wenn bei der Inkorporation der bona vacantia durch Schuld der damit beauftragten Beamten dem Fiskus ein Schaden erwachse, dieselben zu vollem Ersatze verpflichtet sein sollen; denn bei diesem Schaden an die Annahme einer überschuldeten Erbschaft zu denken, liegt gewiß sehr nahe, vgl. bes. v. Buchholtz a. a. O., obwohl sich doch freilich

auch anderweite Benachtheilungen als möglich denken lassen, und darum dieses Argument nicht zu den stärksten gehört, vgl. auch *Schmidt* cit. p. 72 sqq. Rummel a. a. O. S. 52 fgg.

Aus diesen Hauptgründen — denen etwa auch noch der durch l. 10. C. de inoff. bezeugte Satz zugefügt werden kann, daß gegen den Fiskus die querela inoff. testamenti und hereditatis petitio gebraucht werden kann, derselbe also als pro herede possidens angesehen wird, und wozu auch noch die vielfachen in unsren Quellen vorkommenden Ausdrücke zu rechnen sind, welche auf eine Universalsuccession hinweisen, vgl. die reichen Nachweisungen bei *Schmidt* p. 94 sqq. und bes. v. Schröter S. 100 fgg., wogegen die wenigen Stellen, in denen einmal ausnahmsweise in offenbar nicht technischem Sinne der Ausdruck *occupare* gebraucht wird, l. 1. und l. 5. C. h. t., gar nicht in Betracht kommen können — aus diesen Hauptgründen, sage ich, muß ich mich entschieden für die Meinung erklären, daß der Fiskus wirklicher Universal-Successor, also heredis loco, sei, und damit erledigt sich denn auch unter Andrem von selbst die Streitfrage, ob der alleinige fiscus domicilii in die ganze vakante Erbschaft eintrete, oder ob ein jeder fiscus rei sitae auf diejenigen einzelnen Sachen einen Anspruch habe, die in seinem Territorium sich vorfinden. Die Konsequenz entscheidet mit Nothwendigkeit für das Erstre, obwohl die richtige Meinung in der Praxis, namentlich in Betreff der Immobilien, keineswegs allgemein anerkannt ist.

II. Von den bona ereptoria. §. 565.

Dig. XXXIV. 9. de his, quae ut indignis auferuntur, Cod. VI. 35. de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Silanianum. — *Haeberlin* (praes. *Lynker*), de bonis erepticiis. Jen. 1802, Zimmern, Grundriß des Erbr. S. 78 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. IV. S. 48 fgg., Keller, Grundriß S. 390 fgg.

Anm. Die einzelnen Indignitätsfälle sind entweder solche, welche gleichmäßig bei Erbschaften und bei Legaten Platz greifen, oder solche, welche nur bei Erbschaften, oder endlich solche, welche blos bei Legaten Anwendung finden, und bei diesen Klassen ist dann wieder zu unterscheiden, ob der Fiskus an die Stelle des Unwürdigen tritt, oder ob die Entreißung zu Gunsten dritter Personen geschieht.

I. Gemeinschaftliche Fälle für Erbschaften und Legate.

A) Zu Gunsten des Fiskus:

1) Wer es bei Lebzeiten des Erblassers übernommen hat, einem Unfähigen ein Vermächtniß zu prästiren (s. g. fideicommissum tacitum), dem wird, sofern der Vermächtnißnehmer auch noch zur Todeszeit des Erblassers unfähig ist, l. 3. §. 2. de jure fisci (49, 14), der Betrag dieses Vermächtnisses vom Fiskus entrissen, und zwar in der Art, daß er selbst keine Quart zurückbehalten darf,

l. 10. 11. 18. pr. §. 1, l. 23. h. t., l. 17. §. 2. de usur. (22, 1), l. 3. pr. §. 1—4. de jure fisci (49, 14), l. 59. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2). Ueber das Einzelne vgl. Keller a. a. O. S. 408 fgg.

2) Wer den Erblasser zwangsweise von Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens abgehalten hat, dem wird gleichfalls das durch solchen Zwang Gewonnene wieder entrissen, vgl. hierüber §. 431. Anm. S. 86 fgg.

3) Indignus ist auch der Erbe, welcher den Tod des ermordeten Erblassers zu rächen versäumt, also keine Untersuchung gegen die Mörder desselben veranlaßt hat, l. 21. h. t., l. 5. §. 2, l. 15. ad SC. Silan. (29, 5), l. 1. 7. 9. C. h. t. Minderjährigen wird eine solche Unterlassung nicht angerechnet, l. 6. C. h. t. — Obwohl nur der Erbe zu einer Rächung verpflichtet ist, so gehört dieser Fall doch insofern zu den gemeinschaftlichen, als dem Erben, der dies unterlassen hat, nicht etwa blos sein Erbtheil, sondern auch etwaige Vermächtnisse vom Fiskus entrissen werden, legg. citt.

4) Hierher gehört auch, wenn der Honorirte den Erblasser getödtet, oder doch kulpos den Tod desselben herbeigeführt hat, l. 3. h. t., l. 7. §. 4. de bonis damnator. (48, 20), l. 9. de jure fisci (49, 14), l. 10. C. h. t. Wenn Keller a. a. O. S. 390. im Falle bloser Kulpa keine Indignität annehmen will, indem er die l. 3. cit. von einer absichtlichen Herbeiführung des Todes durch Vernachlässigung verstehen will, so wird diese Erklärung durch das: *id egisse* gewiß nicht hinlänglich begründet.

5) Auch der ist indignus, welcher gegen den Erblasser eine controversia status erhoben hat, l. 9. §. 2. h. t.

6) Eben so derjenige, welcher über den Nachlaß des Erblassers ohne dessen Wissen und Willen paziszirt hat, l. 2. §. ult. h. t., l. 29. §. ult., l. 30. de donat. (39, 5).

7) Wer ein Testament als inofficiosum oder als falsum angreift, und dann in dem, bis zur richterlichen Sentenz verfolgten, Rechtsstreite unterliegt, dem wird Alles, was ihm in dem angefochtenen letzten Willen hinterlassen ist, entrissen und dem Fiskus zugewendet, l. 8. §. 14, l. 22. §. 2. 3. de inoff. test. (5, 2), l. 5. pr. §. 1 sqq., l. 7. 15. 22. h. t., l. 13. §. 9, l. 29. §. 1. de jure fisci (49, 14), l. 6. C. ad leg. Cornel. de falsis (9, 22). Dieselbe Strafe soll auch denjenigen Honorirten treffen, welcher in solchem Prozesse zwar nicht selbst Kläger ist, aber doch als Zeuge oder Sachwalt oder Bürge auf Seiten des Klägers steht, l. 5. §. 10. 11. h. t., und manche römische Juristen gingen soweit, daß sie jene Strafe sogar auf den Richter anwendeten, wenn er ein Testament, in welchem er honorirt ist, durch Urtheil als verfälscht anerkannte, sofern nachher in der obern Instanz eine reformatoria erfolgte, l. 5. §. 12. h. t. — Minderjährigen, welche gegen diese gesetzliche Vorschriften handeln, wird verziehen, und zwar namentlich dann, wenn jener Rechtsstreit durch den Tutor oder Kurator veranlaßt wurde, l. 5. §. 9. h. t. Eben so fällt auch die Strafe bei allen denjenigen hinweg, welche gar nicht in eigenem Namen, sondern Kraft Amts für einen Dritten das Testament angefochten haben, wie z. B. bei dem advocatus fisci, l. 5. §. 13. h. t. und bei dem Tutor oder Kurator, welcher im Namen des Mündels die Querel erhoben hat, l. 30. §. 1. de inoff. test. (5, 2), l. 22. h. t.

Endlich soll auch dann von Strafe keine Rede sein, wenn der Honorirte nur als Erbe eines Andren die von seinem Erblasser begonnene Querel fortsetzt, l. 22. §. 2. 3. de inoff. test. (5, 2).

8) Der emancipatus (und eben so auch der patronus, l. 16. §. 5. de bon. libert. 38, 2), welcher die bonor. poss. contra tabulas agnoszirt hat, verliert an den Fiskus die durch Pupillar-Substitution an ihn gekommene Erbschaft des unmündigen Bruders, l. 2. pr. h. t., l. 22. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 5. §. 4. de legat. praest. (37, 5). Außerdem gilt noch die weitere Regel, daß der präterirte emancipatus zu wählen hat zwischen Annahme von Legaten und der bon. poss. contra tabulas, und daß, wenn er die letztere wählt, er die ersteren verliert, l. 3. §. 16, l. 18. §. 1. de bon. poss. c. t. (37, 4), l. 5. §. 2. de legat. praest. (37, 5), wobei aber nicht von Indignität und noch weniger von Entreißung durch den Fiskus die Rede ist. Die oft vertheidigte Lehre, daß im Falle erfolglos agnoszirter bon. poss. contra tabulas die Legate wegen Indignität entrissen würden, findet in den Gesetzen keine Begründung. Vgl. Keller a. a. O. S. 396 fgg.

9) Wenn zwei Personen in verbotener Ehe leben, so wird einer Jeden von ihnen alles das entrissen, was ihr von der andren hinterlassen wird, obwohl Jugend und Irrthum, namentlich bei Frauen, entschuldigen, l. 4. C. de inc. nupt. (5, 5), cf. l 2. §. 1. 2, l. 13. h. t., l. 128. de leg. I.

10) Eine Frau, welche in unerlaubtem außerehelichem Geschlechtsverhältniß mit einem Manne steht, verliert Alles, was ihr dieser Mann etwa hinterläßt, an den Fiskus, selbst wenn es ihr in einem Soldatentestamente hinterlassen sein sollte, l. 41. §. 1. de test. milit. (29, 1), l. 14. h. t. Wenn man oft sagt, daß nur diejenige Frau, die gerade mit einem Soldaten in unerlaubtem Verhältniß lebt, dieser Strafe unterworfen sei, so läßt sich dies nach der Fassung der l. 41. cit. sicher nicht rechtfertigen. Ueber andre Ansichten s. Keller a. a. O. S. 407.

11) Wer als Pupillar-Substitut die Mutter des Pupillen fälschlich der Kindes-Unterschiebung angeklagt hat, um die Intestat-Erbschaft des Vaters zu erlangen, verliert die Pupillarerbschaft an den Fiskus, l. 16. pr. h. t.

12) Dem Kinde, welches das Testament seines Vaters unterdrückt und als Intestaterbe angetreten hat, wird die väterliche Erbschaft durch den Fiskus entrissen, l. 26. de lege Cornel. de fals. (48, 10), vgl. l. 4. eod.

B) Zu Gunsten andrer Personen:

1) Wenn Jemand gerade mit der — freilich zu vermuthenden [l. 33. conj. l. 32. de excusat. (27, 1)] — Rücksicht auf eine von ihm zu übernehmende Vormundschaft honorirt ist, und er schützt Exkusationen vor, so verliert er das ihm Hinterlassene zu Gunsten derer, die es ohne seine Honorirung erhalten hätten, l. 28. §. 1, l. 32—36. §. 1. de excus. (27, 1), l. 5. §. 2. h. t., l. 25. fin. C. de legat. (6, 37). Wenn häufig gelehrt wird, daß das einem solchen Indignus Entzogene immer an den Unmündigen falle, so läßt sich dies nicht billigen; denn obwohl in l. 5. §. 2. h. t. und in l. 25. C. de legat. gerade der Pupill genannt ist, so ist dies offenbar nur darum geschehen, weil in den bei Weitem meisten Fällen auch wirklich der Pupill als eingesetzter Erbe

diesen Vortheil in Anspruch nehmen kann; daß er dagegen kein ausschließliches Recht hat, geht mit Sicherheit aus l. 28. §. 1. de excus. hervor. Eben so wenig kann ich auch der anderweiten nicht selten vertheidigten Meinung beistimmen, daß diese ganze Strafe nur bei Vermächtnissen, nicht auch bei Erbeinsetzungen Platz greife; denn wenn man sich dafür auf l. 28. §. 1. und l. 36. pr. de excus. beruft, indem ja hier Fälle vorkämen, in denen Erbeinsetzungen aufrecht erhalten würden, so übersieht man, daß diese Entscheidungen nicht etwa dadurch motivirt werden, weil hier Erbeinsetzungen vorkämen, sondern vielmehr dadurch, weil man in den konkreten Fällen durchaus nicht annehmen konnte, daß der Erblasser gerade der Tutel wegen die Erbeinsetzungen angeordnet habe. In l. 28. §. 1. cit. nämlich wird ein Sohn zum Vormund und zum Erben seines unmündigen Bruders ernannt, und von ihm heißt es, daß er auch im Falle einer Exkusation doch nicht die Erbschaft verlieren solle, *„quum judicium patris ut filius, non ut tutor promeruit"*. In l. 36. pr. cit. aber wird dem designirten Vormund ein Legat hinterlassen und er obendrein zum Pupillarsubstituten ernannt, und gerade dadurch wird die Entscheidung motivirt, daß die Pupillarsubstitution auch im Falle der Exkusation giltig bleiben solle, „non est verisimile hunc demum eum testatorem substituere voluisse, si et tutelam suscepisset, et *ideo* eum, de quo quaeritur, a legato quidem, si adhuc viveret pupillus, repellendum fuisse, a substitutione autem non esse removendum". Daß hiernach diese Stellen gerade umgekehrt unsre Meinung, wonach auch Erbeinsetzungen wegen vorgeschützter Exkusation hinfällig werden, wenn nicht aus besondren Umständen ein anderweiter Wille des Erblassers hervorgeht, gar sehr unterstützen, leuchtet von selbst ein, und dafür spricht denn auch der ganz allgemeine Ausdruck andrer Stellen, z. B. l. 5. §. 2. h. t.: „amittere *id, quod testamento meruit"* etc., und insbesondre auch die Analogie des gleich folgenden Falls.

2) Wenn Jemand mit Rücksicht auf eine ihm übertragene Erziehung honorirt worden ist, so soll er nach Analogie des unmittelbar vorher dargestellten Falls dann, wenn er sich der Erziehung nicht unterziehen will, mit Entreißung des Hinterlassenen bestraft werden, l. 1. §. 3. ubi pupill. educ. (27, 2): „Certe non male dicetur, si legatarius *vel heres* educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere *exemplo tutoris testamento dati"*.

3) Aehnlich ist die Bestimmung, daß, wenn Jemanden etwas hinterlassen wurde mit Rücksicht auf die ihm aufgelegte Verbindlichkeit, das Begräbniß des Erblassers zu besorgen, er das Hinterlassene einbüßen soll, wenn er sich jener Verbindlichkeit entzieht, l. 12. §. 4. de relig. (11, 7).

4) Endlich gehört hierher die Bestimmung der Nov. 1, daß derjenige Honorirte, welcher vom Erblasser gemachte Auflagen nicht erfüllt, das ihm Hinterlassene verlieren und dasselbe andren im Gesetze genau bestimmten Personen angeboten werden soll. Das Nähere hierüber ist schon an einem andren Orte ausgeführt worden, s. §. 459. Anm. S. 198 fgg.

II. Indignitätsfälle, die ausschließlich bei Erbschaften, nicht auch bei Vermächtnissen vorkommen.

A) Zu Gunsten des Fiskus:

1) Wenn ein Erbe, um Legatare um ihr Vermächtniß zu bringen, Erbschaftssachen verheimlicht, so zieht der Fiskus Statt seiner die Quart davon ab. Gesetzt, der Erblasser vertheilt sein ganzes Vermögen, im Betrage von 400, an Legatare, und der Erbe unterschlägt davon 100, so tritt in Betreff der noch in der Erbschaft befindlichen 300 das gemeine Recht ein, wonach der Erbe den Legataren ¼ (also 75) abzieht; was aber die unterschlagenen 100 anbelangt, so bekommen zwar die Legatare auch nur ¾, aber die ihnen abgezogenen 25 zieht der Fiskus ein, l. 6. h. t.

2) Wenn Jemand in der putativen Eigenschaft als Sohn des Erblassers zum Erben eingesetzt ist, und es zeigt sich nachher, daß er untergeschoben ist, so nimmt der Fiskus den demselben zugedachten Erbtheil hinweg, l. 46. pr. de jure fisci (49, 14).

3) Wenn der Erblasser den Namen eines eingesetzten Erben durchstreicht, oder wenn er ein späteres Testament macht, in welchem er die in dem früheren eingesetzten Erben nicht wieder instituirt, welches aber nicht rechtsbeständig ist, oder wenn er in einem Kodizill die in dem Testament eingesetzten Erben für unwürdig erklärt: so kann zwar durch alles dies keine eigentliche ademtio hereditatis bewirkt werden, wohl aber soll einem solchen Erben seine Erbportion durch den Fiskus entrissen werden, l. 3. de his, quae in test. delentur (28, 4), l. 12, l. 16. §. 2. h. t., l. 4. C. h. t.

B) Zu Gunsten andrer Personen:

1) Schon dem Pandektenrechte gehört der Satz an, daß eine Mutter, welche es versäumt hat, ihrem Kinde rechtzeitig einen tüchtigen Vormund zu erbitten, der Succession in das Vermögen dieses Kindes für unwürdig erklärt wird, und die nächsten Erben Statt ihrer eintreten sollen, l. 2. §. 1. 2. qui petant tutores (26, 6), l. 2. §. 23 sqq. ad SC. Tertull. (38, 17). Dieses wurde aber später durch Theodos und Valentinian dahin erweitert, daß Jeder, welcher binnen einem Jahre dem Mündel keinen Vormund erbeten, sowohl der Intestat- als der Pupillar-Succession verlustig gehen solle, l. 10. C. de legit. hered. (6, 58). Doch fällt die Strafe hinweg, wenn der Mündel ohne alles Vermögen ist, l. 2. §. 26. 45. 46. ad SC. Trebell., wenn gerade das Nichthaben eines Vormundes einen beträchtlichen Vermögensvortheil verspricht, l. 2. §. 44. eod., wenn der Mündel erst gestorben ist, nachdem er Testirfähigkeit erlangt hat, l. 3. C. ad SC. Tert. (6, 56, wenn unverschuldete Hindernisse die Erbittung unthunlich machten, l. 2. §. 27. 43. ad SC. Tert., l. 8. C. qui petant tutores (5, 31), und endlich, wenn der zur petitio Verpflichtete noch minderjährig ist, l. 2. C. si adversus delict. (2, 35). Die letzte Ausnahme mit Vielen gerade auf eine minderjährige Mutter beschränken zu wollen, gibt es doch wohl keinen hinlänglichen Grund, denn gewiß ist die Mutter in l. 2. cit. nur darum ausschließlich genannt, weil zur Zeit dieses Gesetzes noch keinem andren Erben die Verbindlichkeit zur petitio oblag. Daß Rechtsirrthum diese Strafe der versäumten petitio nicht aufhebe, ist noch besonders in dem Gesetze hervorgehoben, l. 11. C. qui petant tutores (5, 31).

2) Wenn eine Frau, welche Vormünderin ihrer Kinder war, zu einer

zweiten Ehe schreitet, ehe sie für Bestellung eines andern Vormunds Sorge getragen, diesem Rechnung abgelegt und das Vermögen herausgegeben hat, so soll dieselbe sowohl der Intestat- als der etwaigen Pupillar-Succession zu Gunsten der anderweiten nächsten Erben verlustig sein, l. 6. C. ad SC. Tertull. (6, 56).

3) Wenn ein Wahnsinniger von seinen nächsten Erben, obwohl dieselben zur Hilfleistung aufgefordert wurden, vernachläßigt worden ist, so werden dieselben der Erbfolge verlustig, und der Verpfleger des Wahnsinnigen tritt an ihre Stelle, Nov. 115. c. 3. §. 12.

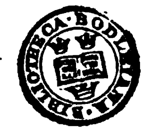
4) Wenn Intestat- oder Testaments-Erben ihren Erblasser aus der Gefangenschaft nicht auslösen, und derselbe auch wirklich in derselben stirbt, so verlieren sie als Unwürdige ihr Successionsrecht, und die Erbschaft kommt an die Kirche des Geburtsorts (vgl. Osenbrüggen, zur Interpretation des corp. jur. civ. S. 44 fgg.) des Verstorbenen, welche dann dieselbe insbesondre zur Auslösung von Gefangenen verwenden muß. Damit aber den Erben dieser Nachtheil treffe, muß er wenigstens 18 Jahre alt sein, und von seinem Erbrechte Kunde haben, Nov. 115. c. 3. §. 13, c. 4. §. 7.

5) Geschwister, welche dem Erblasser nach dem Leben strebten, eine Kriminalklage gegen ihn erhoben, oder einen Anschlag auf sein Vermögen machten, sollen zu Gunsten andrer Intestaterben von der Intestatsuccession ausgeschlossen sein, Nov. 22. c. 47. pr. Die Worte des Gesetzes, in Verbindung mit cap. 46. eod. sprechen freilich nur von folgendem Falle: wenn ein Kind mit Hinterlassung von Geschwistern und einer mater binuba verstirbt, so soll von dem Theile der Erbschaft, welcher von dem vorverstorbenen Vater herstammt, die Mutter nur einen Nießbrauch an der betreffenden Quote erhalten, die ganze Proprietät aber ausschließlich an die Geschwister fallen, es müßte denn sein, daß einer der drei vorher genannten Gründe eintrete, in welchem Falle sie an diesem lucrum nicht partizipiren sollten; vgl. auch Marezoll in Gießer Zeitschrift IV. S. 415 fgg., Mühlenbruch, Komm. XXXVII. S. 386 fgg. Man nimmt aber meistens unbedenklich an, daß dies auf jede Intestaterbfolge der Geschwister angewendet werden müsse, und man darf auch kaum bezweifeln, daß diese Ausdehnung im Sinne und Geiste des Gesetzes wohl begründet ist.

III. Indignitätsfälle, die ausschließlich bei Legaten, nicht auch bei Erbschaften vorkommen. Deren gibt es nur folgende zwei, in denen auch die Entreißung nicht zu Gunsten des Fiskus, sondern des Onerirten geschieht.

1) Wenn der Legatar Sachen aus der Erbschaft entwendet hat, so werden ihm im Betrag des Entwendeten die Legaten-Klagen denegirt, l. 48. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 5. C. de legat. (6, 37).

2) Eben so soll auch der Legatar, welcher das Testament verheimlicht hat, das in demselben ihm ausgesetzte Vermächtniß zu Gunsten des Onerirten einbüßen, l. 25. C. de legat. (6, 37).



Springer 1901.

